



MISION JURIDICA
REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR
DE CUNDINAMARCA

Bogotá, D.C. - Colombia © 2010
Calle 28 No. 6-02
www.unicolmayor.edu.co

La Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca se complace en anunciar que la Revista Misión Jurídica será semestral a partir del 2015, esto con el fin de aumentar la cantidad y calidad de artículos de investigación para seguir haciendo visible el valioso trabajo de investigadores nacionales e internacionales.



Rector:

Dr. Carlos Alberto Corrales Medina

Vicerrectora Académica:

Dra. Emilia López Luna

Vicerrectora Administrativa:

Dra. María Ruth Hernández Martínez

Decana de la Facultad de Derecho:

Dra. Carmen Eliana Caro Nocua

Editor:

Dr. Orlando Solano Bárcenas
misionjuridica@unicolmayor.edu.co

Asistente Editorial:

Dr. Federico Sánchez Riaño

Misión Jurídica	Bogotá Colombia	No. 7	P.p. 23-353	Enero- Diciembre	2014	ISSN 1794-600X
--------------------	--------------------	-------	-------------	---------------------	------	----------------

Editor:**ORLANDO SOLANO BÁRCENAS**

Doctor en Derecho, Ciencias Sociales y Políticas cum laude de la Universidad del Atlántico. Magister en Derecho Público francés, Derecho Administrativo, Sociología Jurídica y Política. Estudios del Diploma de Estudios Superiores en Historia de las Instituciones de la Universidad de París II (Panthéon-Assas). Profesor Titular de la Universidad Nacional de Colombia. Profesor Titular de la Escuela Superior de Administración Pública. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional. Investigador. Miembro de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Miembro de la Asociación de Antiguos Alumnos de la Academia de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Salónica, Grecia. Ex Procurador General de la Nación (e), Ex Viceprocurador General de la Nación, Ex Presidente y miembro del Consejo Nacional Electoral. Miembro Asociación Internacional de Derecho Administrativo AIDA. *orsobar@hotmail.com*

Asistente Editorial:

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO: Periodista de la Fundación Universitaria INPAHU, abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, investigador, editor y escritor independiente, cursa especialización - maestría en Comunicación Educativa en la Universidad Minuto de Dios y la Universidad Tecnológica de Pereira.

Corrección de estilo y traducción al Portugués:

PAOLA ANDREA GUARNIZO
FEDERICO SÁNCHEZ

Fotografía y Diseño de portada:

FEDERICO SÁNCHEZ
IRMA ACOSTA CHAPARRO

Diseño y Diagramación:

IRMA ACOSTA CHAPARRO
Partner Mercadeo y Medios Gráficos S.A.S.
partnermmgraficos@gmail.com

Impresión:

EXPRECARD'S S. A. S

Tarifa Postal Reducida No. 2015 - 488 4-72
La Red Postal de Colombia,
Vence el 31 de Diciembre de 2015

Derechos Reservados:

Los documentos de esta publicación pueden ser reproducidos total o parcialmente, siempre y cuando sean utilizados con fines académicos y se cite la fuente.

Versión O.J.S.: <http://190.60.202.71/publicaciones/index.php/mjuridica/index>

MASSIMILIANO CASTELLARI (Italia)

Maestría en “Juristas internacionales”. Universidad de Boloña / C.I.R.C.D.E. Boloña – Italia, Derecho Internacional Público, Privado y procesal; derecho internacional humanitario y derecho de los DD.HH.; derecho societario y fiscal; derecho de la Unión Europea; justicia penal internacional; derecho internacional de la economía; política comunitaria 1 y 2; contratos internacionales y propiedad intelectual; derecho comparado chino y de los países árabes.

LORENZO ASCANIO (Italia)

Doctor en Derecho Comparado - Título: "La teoría de Maglis al-" debidamente identificados en la Ley Islámica y en los Códigos Civiles Estados árabes., Universidad de Florencia, Italia. Investigador - Departamento de Derecho - Derecho Islámico, Universidad Americana de El Cairo. Profesor Adjunto de Derecho Islámico y Sistemas Jurídicos en la Universidad de Macerata. (2012/2013). Profesor Adjunto de Diritto e musulmano dei Islamici Paesi (Ley países musulmanes e islámicos) en la Universidad de Venecia (2012/2013).

LUIS ANTONIO CORONA NAKAMURA (México)

Licenciatura y Maestría en Derecho por la Universidad de Guadalajara, Doctorado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes. Diplomados en Política Internacional Comparada y en Derecho Electoral, organizados por la Universidad de Guadalajara.

FRANCISCO JAVIER TRUJILLO (Colombia)

Candidato a Doctor de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Docente de las universidades Autónoma y Libre de Colombia.

WILLIAM JIMÉNEZ GIL (Colombia)

Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador de las universidades Nacional de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y Gran Colombia.

RICARDO MARTÍNEZ QUINTERO (Colombia)

Abogado Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Penal, Especialista en Criminología y Criminalística, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal 1987, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Especialista en Casación Penal, Universidad La Gran Colombia con mención de honor por la investigación titulada: “Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso”. Maestría en Filosofía Latinoamericana. Universidad Santo Tomás, Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad La Gran Colombia. Doctorando en Filosofía Universidad Santo Tomás de Aquino.

MYRIAM SEPÚLVEDA LÓPEZ (Colombia)

Magíster en Educación de la Universidad Pedagógica Nacional de Colombia. Doctora en Filosofía Jurídica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España.

RAMÓN ANTONIO PELÁEZ HERNÁNDEZ (Colombia)

Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia. Coordinador de la Especialización en Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Colombia. Docente de las universidades

Cooperativa de Colombia, Colegio Mayor de Cundinamarca y de la Fundación Universitaria San Martín. Tradadista.

ARIEL PINZÓN CHACÓN (Colombia)

Magíster en Filosofía Científica de la Universidad INCCA. Docente investigador de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

CARLOS A. SAAVEDRA WALTERO (Colombia)

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Gran Colombia, con especializaciones en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia, en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia y en Docencia Universitaria de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Colombia. Doctorando en Derecho con énfasis en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

JAVIER A. ÁLVAREZ MONTAÑEZ (Colombia)

Magíster en Filosofía de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

HUMBERTO MELO FEO (Colombia)

Licenciado en Ciencias de la Educación de la Universidad Pedagógica Nacional. Economista de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Administración y Supervisión Educativa de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

CAMILO VILLEGAS RONDÓN (Colombia)

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la misma Universidad. Adelanta estudios de Maestría en Educación en la Universidad Pedagógica Nacional. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

OSCAR VILLEGAS GARZÓN (Colombia)

Magíster en Derecho Administrativo de la de la Universidad del Rosario. Docente de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Tradadista.

BENJAMÍN GARCÍA HERRERA (México)

Doctor en Políticas Jurídicas por la Universidad de Almería, España; con Posdoctorado en Análisis Económico del Derecho en la Universidad de Toronto, Canadá, Becado por CONACYT, del cual también ha pertenecido al Sistema Nacional de Investigadores. Máster en Economía del Desarrollo por la Universidad de Granada, España. Maestro en Derecho Fiscal y Abogado por la Universidad de Xalapa, México. Actualmente se desempeña como Corredor Público (Notario Mercantil) en Veracruz, asesor tributario y corporativo, y es profesor de posgrados en varias instituciones del país.

FILIBERTO OTERO SALAS (México)

Maestría, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en proceso de titulación. Posgrado en Derecho División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialidad en Derecho Administrativo. Licenciatura en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

PROFESORES INVESTIGADORES

Nancy Solano de Jinete; Over Humberto Serrano Suárez; Myriam Sepúlveda López; Ariel Pinzón Chacón; Camilo Villegas Rondón; Humberto Melo Feo.

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE (Argentina)

Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza -Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Egresado de la carrera de Doctorado (Acreditada CONEAU) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza-Argentina. Profesor del posgrado de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de La Matanza. Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Cuyo. Profesor Titular de la Universidad de Mendoza. Ponente en Congresos Internacionales de Derecho Público. Conferencista Internacional. Magistrado. Tratadista.

ISAAC AUGUSTO DAMSKY (Argentina)

Abogado U.C.A. Magíster en Derecho Administrativo, Universidad Austral. Especialista en Derecho Ambiental, Programa de Derecho Ambiental Profundizado, Universidad Austral. Doctorando en Derecho Administrativo. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Profesor de derecho Administrativo. Investigador. Profesor invitado por la Universidad de París Sur XI, Universidad Luigi Bocconi, Milán; Universidad de Brescia; Instituto Romeu Bacellar, Brasil; UNAM, Departamento de Postgrado en Derecho. Consejero Consultivo de varias revistas jurídicas de Brasil, México. Ponente en varios Congresos Internacionales de Derecho Administrativo. Tratadista en Derecho Público.

ENEIDA DESIRÉE SALGADO (Brasil)

Maestra y Doctora en Derecho del Estado de Paraná y de la Universidad Federal. Actualmente cursa una pasantía post-doctoral en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Derecho Público UFPR. Profesora del Programa de Postgrado en Derecho - Master - de UniBrasil, del Programa de Posgrado en Política Pública - Maestría y Doctorado - UFPR, y del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Investigadora y jefa adjunta del Centro de Investigaciones Constitucionales, de la Universidad Federal de Paraná. Ha publicado numerosas obras y artículos en revistas científicas.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA (Colombia)

Universidad Externado de Colombia, doctor en Derecho. Especializado en Derecho Público. Investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (2011, 2012). Profesor Emérito, Docente y Miembro del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Consejo Asesor del “Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional”, que publica el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. Tratadista. Miembro de Asociaciones Científicas: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; Asociación

Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política; Asociación de Constitucionalistas Colombianos; Academia Iberoamericana de Derecho Electoral; Asociación Internacional de Derecho Administrativo – AIDA.

FERNANDO AUGUSTO MEDINA GUTIÉRREZ (Colombia)

Doctor en Ciencias Políticas de la Universidad de York, Inglaterra. Profesor Titular de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad EAN, y Catedrático de la Universidad Nacional de Colombia.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Colombia)

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y Doctor en derecho administrativo de la Universidad de París II (Pantheon). Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Catedrático de derecho administrativo y constitucional durante más de 30 años en diversas universidades de Colombia y profesor invitado en varias universidades de otros países. Ex Consejero de Estado durante 10 años. Viceministro. Consultor del PNUD. Ex presidente de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional.

JOSÉ ENRIQUE ROJAS FRANCO (Costa Rica)

Licenciado en Derecho y Notario Universidad de Costa Rica, Doctor en Derecho Público de la Université de Bordeaux-Francia. Especialista en Ciencia Administrativa, Universidad de Roma. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Director de la Maestría en Derecho Público de la Cátedra de Postgrado en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. Presidente de la Academia Nacional de Derecho Público. Presidente del Tribunal Administrativo de la O.E.A. Miembro de la Society for Advanced Legal Studies, Londres, Inglaterra. Presidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”.

JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ (Costa Rica)

Abogado de la Universidad de Costa Rica y Notario público. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Pasantías académicas en las universidades de Portland, Utrecht, Carlos III, Georgetown, American, Valladolid, Libre de Berlín. Profesor de la Universidad de Costa Rica. Contraloría General de la República. Asesor y consultor estatal y de empresas privadas. Asesor de organismos internacionales BID, PNUD. Profesor Investigador en Derecho Público. Ex Decano. Director-Editor de la Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica y Colegio de Abogados, Director del doctorado en Derecho. Director de revistas científicas. Tratadista. Ensayista.

CLAUDIO MORAGA KLENNER (Chile)

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Abogado. Magister rerum Publicarum por la Hochschule für Verwaltungswissenschaften de Speyer, Alemania, y candidato a doctor por la misma universidad. Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesor de postgrado de la Universidad de Valparaíso, de la Universidad Pontificia Católica de Chile, de la Universidad Finis Terrae. Ponente Internacional en Derecho Administrativo. Autor de libros de Derecho Público. Articulista nacional y extranjero. Miembro de Freundeskreis der Konrad-Adenauer-Stiftung e.v., Alemania. Miembro de la red de investigación internacional Public Contracts in Legal Globalization

(PCLG). Miembro del Consejo Editorial de Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN (Ecuador)

Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Diploma Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales por la Universidad San Francisco de Quito. Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctor en Derecho, Ph.D, con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México.

JAIME RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ (España)

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua. Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña y Director de su Departamento de Derecho Público Especial. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Española de Ciencias Administrativas. Presidente de la Sección Española del Instituto Internacional de Ciencias Administrativa. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Metodología Jurídica y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Jesús González Pérez". Vicepresidente de la Red Internacional del posgrado de Derecho. Consejero de la Red Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya, de la Real Academia Española de Jurisprudencia, de la Academia Iberoamericana de Derecho Electoral, de la Academia Nicaragüense de Jurisprudencia y de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (República Argentina). Es miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral. Miembro de varios consejos editoriales de revistas científicas. Miembro del Comité de Expertos de la ONU en Administración Pública. Diputado Nacional en las Cortes Generales. Magistrado. Observador de la Unión Europea en varias elecciones. Profesor Investigador.

NARCISO MARTÍNEZ MORÁN (España)

Doctor en Derecho y Filosofía Jurídica, Filósofo de la Universidad de Santo Tomás de Roma, graduado en Filosofía y Letras de la Universidad Complutense de Madrid, abogado de la Universidad Complutense, licenciado en Ciencias Políticas por la UNED, diplomado en Derecho Comparado en el Instituto de Derecho Comparado de la U. Complutense y en "Études sur les Organisations Européennes". Docente universitario en pregrado y posgrado, investigador, conferencista, escritor, tratadista y articulista de prestigiosas revistas científicas a nivel internacional.

STEFANO ZUNARELLI (Italia)

Licenciado en Derecho por la Universidad de Bologna, Profesor de Derecho de la Navegación y del Transporte Marítimo de la Universidad de Bologna, Gijón, Externado, Barcelona, Nantes, Southampton. Profesor de Derecho Marítimo, Portuario, Aeronáutico, Aeroportuario, del Transporte Multimodal, del Turismo. Universidad de Camerino, Coordinador del programa de doctorado en "Derecho del transporte europeo". Tratadista de Derecho Marítimo y del Transporte. Miembro de la Organización Marítima Internacional OMI-ONU. Consultor de la Unión Europea en Asuntos de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Aeroportuaria.

MARCO MELLONE (Italia)

Abogado, Doctorado en Derecho de la Unión Europea Universidad de Boloña (Italia) – Estrasburgo (Francia). Académico de derecho internacional privado de la Universidad de Boloña –Italia. Asesor legal y representante del Ministerio de Justicia italiano para los asuntos relativos a la justicia electrónica internacional, Asesor legal de la Academia Nacional Italiana de los Oficiales de Estado Civil, A.N.U.S.C.A.

GIUSEPPE FRANCO FERRARI (Italia)

Actualmente Profesor de Derecho Público Comparado y de Derecho Constitucional italiano en la Universidad Bocconi, Milán; ha sido también Profesor en la Universidad Católica de Milán (1976-1986), en la Universidad G. D'Annunzio de Chieti – Teramo (1986-1990) y en la Universidad de Pavia (1990-1999). Es miembro de la “Asociación Italiana de Constitucionalistas” y de varias otras asociaciones italianas y europeas de derecho comparado, entre las cuales la “Académie internationale de droit comparé”. Director de la revista de “Derecho Público Comparado Europeo”, condirector de “Comparative Law Review”, es miembro del Consejo Científico del “Grupo de Investigación de Derecho Público Global”, de la “Revista General de Derecho Público Comparado” y de “Misión Jurídica”. Ha publicado monografías y estudios sobre el derecho público, el derecho administrativo, los derechos civiles y sociales y sobre el derecho ambiental.

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ (México)

Abogado, licenciado en Economía, maestro en Administración Pública y doctor en Derecho. Profesor en el Sistema Escolarizado en la División de Universidad Abierta, en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la FES Acatlán de la UNAM. Profesor invitado en el área de posgrado de otras 21 universidades mexicanas e instituciones de educación superior, y conferencista en distintos foros académicos celebrados en México y otros países de América y Europa. Investigador titular “C” definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Coordinador del Posgrado en Derecho de la UNAM. Ex presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Presidente de la Red Internacional de Posgrado en Derecho. Tratadista. Tiene publicados 35 libros; ha coordinado 15 libros más; otros 6 libros y 4 revistas han sido publicados en su honor; además es autor de capítulos en 70 libros, de 49 artículos en revistas especializadas y del prólogo o presentación de 32 libros.

KARLOS NAVARRO MEDAL (Nicaragua)

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Magister en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Magister en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Magister en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

JAVIER ERNESTO SHEFFER TUÑÓN (Panamá)

Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Procurador de la Administración. Secretario Ejecutivo de la Comisión encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de procedimiento administrativo general, que posteriormente se convertiría en la Ley 38 de 2000. Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Istmo. Magistrado auxiliar

de la Corte Suprema de Justicia. Asesor de la Presidencia de la República. Asesor del Programa Nacional de Tierras. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo "Profesor Jesús González Pérez". Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA). Miembro del Grupo Latinoamericano por la Administración Pública (GLAP). Miembro Honorario de la Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA). Profesor Invitado del Instituto de Administración Pública de España (INAP), y Huésped Distinguido del Ayuntamiento de Xalapa, Estado de Veracruz, México. Expositor en diversos congresos y seminarios sobre Derecho Público y Derecho Social en Panamá; y en el extranjero.

DAVID B. WEXLER (Puerto Rico)

Profesor de Derecho y Director de la Red Internacional de Justicia Terapéutica en la Universidad de Puerto Rico, localizada en San Juan, Puerto Rico, además es profesor distinguido de Investigación de Derecho en la Escuela de Derecho Rogers, Tucson, Arizona. Investigador y docente. Autor de numerosos libros y artículos sobre jurisprudencia terapéutica para la práctica de la ley criminal y ante las cortes de justicia. Miembro de la Asociación Americana de Psiquiatría. Miembro de la Asociación de las Escuelas de Derecho de América, Sección de Derecho y Discapacidad mental. Presidente del Consejo Asesor del Centro Nacional para Tribunales Estatales de la Discapacidad mental y derecho. Alumno distinguido de la Universidad de Nueva York. Miembro de la Red y Salud mental y Derecho de la Fundación MacArthur. Conferencista Internacional sobre Justicia Terapéutica.

RODOLFO GONZÁLEZ RISSOTTO (Uruguay)

Ministro de la Corte Electoral de Uruguay desde 1996 hasta julio de 2010. Coordinador del Proyecto de "Tecnificación de la Corte Electoral", del Programa de Cooperación Bilateral España-Uruguay de Modernización Institucional. Corredactor de la actual Ley de Elecciones de Uruguay. Director Ejecutivo del "Centro de Información e Investigación del Uruguay" (CIIDU) (1984-1987). Director del Departamento de Investigaciones Electorales del "Centro para la Democracia Uruguaya" (CELADU). (1984-1993). Miembro "Honoris Causa" del Instituto Brasileño de Derecho Electoral (IBRADE), desde 1999. Director de Educación del Ministerio de Educación y Cultura entre 1990 y 1993. Fundador y Presidente de la Delegación Uruguaya al Comité Coordinador Regional de Educación del Mercosur. Subsecretario de Estado (Viceministro) en el Ministerio de Defensa Nacional (1993-1995). Ministro de Defensa Nacional (1995). Tratadista. Conferencista y Ponente Internacional.

GABRIELA MENDIZÁBAL BERMÚDEZ

Profesora-investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de Morelos, México. Licenciada en Derecho por la UNAM; Posgraduada en Derecho y Globalización por la Universidad de Castilla La Mancha, España; Maestra y Doctora en Derecho por la Universidad de Viena en Austria. Dictaminadora de diversas revistas a nivel nacional e internacional. Evaluadora de proyectos CONACyT. Autora de los libros Envejecimiento poblacional y protección social Vol. II. Estudios Internacionales, Ed. Fontamara, México, 2014. El Acoso Laboral y la Seguridad Social en México, Ed. Porrúa, México, 2013. La Seguridad Social en México, Ed. Porrúa, México, 2013.

FERNANDO MAYORGA

Doctorado en Derecho, especialidad Historia del Derecho Indiano, Universidad de Navarra, (España), abogado de la Universidad del Rosario. Ha sido Profesor Ayudante de la Universidad de Navarra (España), profesor de la ESAP, la Universidad Externado de Colombia, la Universidad de la Sabana y del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, donde regenta desde el 2000 la Cátedra Rosarista. Miembro, ente otros, de la Sociedad de Historia del Derecho de Francia, la Real Academia Española de la Historia, el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Conferencista y expositor nacional e internacional, observador electoral internacional, autor de numerosos libros y artículos científicos.

MASSIMILIANO CASTELLARI

Maestría en “Juristas internacionales”. Universidad de Boloña / C.I.R.C.D.E. Boloña – Italia, Derecho Internacional Público, Privado y procesal; derecho internacional humanitario y derecho de los DD.HH.; derecho societario y fiscal; derecho de la Unión Europea; justicia penal internacional; derecho internacional de la economía; política comunitaria 1 y 2; contratos internacionales y propiedad intelectual; derecho comparado chino y de los países árabes.

MIRTHA PATRICIA BEJARANO RAMÓN

Abogada egresada de la Universidad Sergio Arboleda, especializada en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de los Andes, especializada en Derecho Penal y Ciencias Forenses de la Universidad Católica de Colombia, Máster en Estudios Políticos con énfasis en Resolución de Conflictos y Derechos Humanos de la Universidad Javeriana; y Trabajadora Social de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Docente universitaria en el área de Derecho Público, orientando las asignaturas de Derecho Constitucional General, Derecho Constitucional Colombiano, Derecho Administrativo Colombiano, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, docente asesora en el área de Consultorio Jurídico, docente en el área de Ciencias Políticas en las asignaturas de Cultura Política, Sistema Político Colombiano, Análisis Político Moderno, Análisis Político Contemporáneo y Ciencia Política.

MIGUEL ANGEL LEON HERNANDEZ

Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico Procesales (penal, laboral, civil, administrativo, constitucional) y Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho de la

Universidad Nacional, con diplomados en Docencia Universitaria y Conciliación en Derecho. 24 años de experiencia en el sector público, 12 años en la docencia universitaria en la asignatura Hermenéutica Jurídica en la Universidad Incca y regentando las asignaturas de Introducción al Derecho, Derecho Administrativo, Derecho Comunitario y Derecho Constitucional en la UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA.

JAFETH PAZ RENTERÍA

Magister en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario, abogado graduado con honores de Uniciencia y Periodista de la Institución Universitaria los Libertadores. Autor del libro "Los afrocolombianos y el territorio: Análisis desde la teoría de la captura del Estado". Defensor de humanos en Justapaz, Consultor y Docente del programa de derecho de la Universidad Central de los espacios académicos Derecho Constitucional y Pluralismo Jurídico.

CESAR ENRIQUE CARVAJAL SALAMANCA

Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en Derecho Ambiental del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magíster en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo, Candidato a Doctor en Desarrollo y Ciudadanía de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Asesor y Consultor jurídico con experiencia en el sector ambiental, agrario y de infraestructura de transporte. Docente de la Universidad Santo Tomás de Villavicencio, Colombia. (2012/2013).

HENRY TORRES VÁSQUEZ

Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en derecho en España, Doctor en Sistema Penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral Cum laude por unanimidad, 2008. Investigador principal proyecto Terrorismo en posconflicto, Universidad la Gran Colombia sede Bogotá. Par académico e investigador Junior de Colciencias y SACES del Ministerio de Educación. Docente de las maestrías en derecho penal de las universidades, Nacional de Colombia, Militar Nueva Granada de Bogotá, Libre de Pereira, Gran Colombia, Santo Tomás de Tunja.

HUMBERTO LIBRADO CASTILLO

Politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Análisis de Problemas políticos, económicos e internacionales del Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo. Se ha desempeñado en la docencia universitaria en asignaturas como Historia de las Ideas Políticas, Constitución política e Introducción a la Ciencia Política. Es autor del libro "Caracterización de los estudios del paramilitarismo en Colombia" y co-autor de "A orillas de Sarantó" trabajo ganador del Segundo Concurso de trabajos de grado sobre violencia y sociedad pos conflicto organizado por Fescol, el Iepri y el Ceso de los Andes. Actualmente es coordinador de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia. Es además profesor de la pontificia universidad javeriana y al Universidad del Rosario.

ALBERTO MUÑOZ VILLARREAL

Abogado, Socio de Muñoz Arribas Abogados, S.L.P. Master en Insolvencia Empresarial (USP-CEU), Licenciado en Historia, especialidad Prehistoria y Arqueología (UAM) Curso de Experto Profesional en Prevención Blanqueo de Capitales (UNED). Doctorando en Derecho Financiero y Tributario en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid. Profesor Colaborador en el Instituto Superior de Derecho y Economía, Centro Universitario Adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Tutor del Máster en Asesoría de Empresas de la Universidad Europa Miguel de Cervantes y la Escuela de Negocios y Dirección.

LUIS ADRIÁN MORA RODRÍGUEZ

Doctorado en Filosofía en la Universidad Paris 5, René Descartes. Francia, Magister en Filosofía de la Universidad de la Sorbona, licenciado en Filosofía de la Universidad de Nanterre. Profesor universitario y escritor. Entre sus obras más recientes se cuentan “Bartolomé de Las Casas: conquête, domination, souveraineté”. Presses Universitaires de France (PUF), Paris, 2012; “La invención del otro: discursos de conquista y dominación”, Revista Cubana de Filosofía. Edición Digital. N°21, Noviembre-Mayo 2012:ISSN1817-0137 (2012); “La conquista interminable: reflexiones poscoloniales sobre la alteridad”, Revista Estudios, número 25, Universidad de Costa Rica, Escuela de Estudios Generales, (2012); “Guerre, barbarie et politique: la défense de l’indien et la condamnation de la violence chez Bartolomé de Las Casas.” Revista Ixel, ISSN: 1659-391X, Vol. III (2011).

DAVID VALENCIA VILLAMIZAR

Doctorado en Historia en la Universidad Nacional de Colombia, magister en historia y Abogado de la misma Universidad, ha sido profesor de la Universidad Nacional de Colombia, la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y la Universidad Santo Tomás. Conferencista y escritor, ha publicado libros, investigaciones y artículos científicos, su publicación más reciente “Creatividad, auto-referencia y generación de conocimiento”, Revista Virtual Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás (VIAI). 2014.

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Doctor en derecho, dentro del plan de estudios Fundamentos de Derecho Político, área de conocimiento Derecho Constitucional, Universidad Nacional, U.N.E.D. de España, abogado de la Universidad de San Buenaventura de Cali, Especialista en Derecho Laboral y Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre. Se ha desempeñado como Juez Laboral del Circuito en Cali y Buenaventura (V), fue como Presidente del H. Tribunal Superior de Bogotá, durante el periodo 2010-2011, siendo Magistrado de la Sala Laboral de esa Corporación, cargo que desempeña desde 1998. Formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Autor de diferentes artículos en temas relacionados con el derecho laboral y la función judicial, publicados en revistas especializadas. Miembro del Colegio de Abogados Especializados en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia; de la Colegiatura de Abogados Laboralistas del Valle del Cauca y del Colegio de Jueces y Fiscales de Bogotá. Docente Universitario en las Cátedras de Derecho Laboral Individual y Derecho Procesal Laboral, Universidades del Rosario, Libre y Colegio Mayor de Cundinamarca en la ciudad de Bogotá.

CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS

Abogada de la Universidad, especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Administrativas de la Universidad Católica, y en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Maestría en curso de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en la Universidad Nacional. Conferencista e Investigadora, ha sido docente de pregrado en la Universidad Católica, la Universidad Agraria y de especialización y maestría en la Universidad Santo Tomás sede Tunja, Universidad del Rosario, Gran Colombia, la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, Universidad Libre Pereira y Cúcuta, Sergio Arboleda de Santa Marta, Santiago de Cali, Gran Colombia de Armenia y Universidad del Meta. Autora de los libros “La historia del derecho y el derecho en la historia”. Editorial Leyer, 2005 y “Responsabilidad extracontractual del estado por desplazamiento forzado indígena”. RC Publicidad, 2012. Se desempeña actualmente como docente de Derecho Administrativo General en la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

EDITORIAL..... 19

COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES

MIGRACIONES, TRÁFICO DE PERSONAS Y OTRAS
FIGURAS AFINES, Y LA PROTECCIÓN PENAL DEL
NORMAL TRÁFICO MIGRATORIO EN CUBA
Arnel Medina Cuenca 23

LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y
DEMOCRÁTICO DE DERECHO
Jaime Rodríguez Arana 65

LA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS COMO
CATEGORÍA LEGAL, A PARTIR DE LAS
MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL
DERECHO INMOBILIARIO CUBANO
Erick Ortega García 83

DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS
DE INTERDICCIÓN DE LA MOROSIDAD
ADMINISTRATIVA: UNA NUEVA LEGITIMIDAD
Isaac Augusto Damsky..... 101

PRESUPUESTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL
CONTROL ECOLÓGICO COMO ACTIVIDAD DE
LOS SERVICIOS PÚBLICOS AMBIENTALES.
UNA MIRADA DESDE EL SECTOR EMPRESA
Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Elena Polo Maceiras
Yomisel Galindo Rodríguez 119

COLABORADORES EXTERNOS NACIONALES

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
FINANCIERO EN EL DERECHO COLOMBIANO
William Jiménez Gil 145

EL FUTURO PRÓXIMO DEL ARBITRAJE
DE INVERSIONES EN COLOMBIA
Raúl Alberto Gallardo Ciro 167

EL PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. UN ESTUDIO DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA <i>Omar Huertas Díaz</i>	199
UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DE DERECHOS Y PRINCIPIOS: DERECHO A LA PENSIÓN Y LA VERDAD, PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SOLIDARIDAD <i>Alexander Monroy Rodríguez</i> <i>Oscar Yesid Osorio Barragán</i>	229
LA INTERRELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE FRANCIA Y COLOMBIA <i>Diana Paraguacuto-Maheo</i> <i>Lilian Johanna Bayona</i> <i>Raul Gallardo</i>	251
EL BICITAXISMO EN BOGOTÁ: APROXIMACIONES A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO DE TRANSPORTE, A PARTIR DE UNA CUESTIÓN PRÁCTICA <i>Luz Mary Rincón Romero</i>	287

COLABORADORES INTERNOS NACIONALES

LA COLISIÓN CULTURAL ENTRE DOS VISIONES: JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHO ESTATAL <i>Nancy Solano de Jinete</i> <i>Germán Humberto Padilla Ospina</i>	309
NOTA PRELIMINAR CIRCUNSCRITA AL CONCEPTO, FUNCIÓN Y ROL DE LA CRIMINOLOGÍA Y LA ESTADÍSTICA EN EL EJERCICIO DE LA INVESTIGACIÓN ACADÉMICA <i>Over Humberto Serrano suárez</i>	325
TEORIA DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA LÓGICA DE LAS REGLAS DE LA ADICIÓN <i>Ricardo Martínez Quintero</i>	341

Logradas las indexaciones de Publindex-Colciencias y Latindex, continuamos desarrollando la misión jurídica que se ha propuesto la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca con el permanente estímulo de su señor rector, doctor Carlos Alberto Corrales Medina y de la señora decana, doctora Carmen Eliana Caro Nocua.

En efecto, con este séptimo número continuamos estimulando y difundiendo un real encuentro de investigadores nacionales y extranjeros, así como de profesores y estudiosos de la ciencia o arte del Derecho. Se ha convertido entonces nuestra revista en un lugar donde se dialoga con altura y conocimiento para enriquecer el pensamiento jurídico colombiano, iberoamericano y mundial. De estos aportes es indudable que tanto la universidad como la comunidad académica se verán enriquecidas con una serie de artículos que desarrollan saberes jurídicos, políticos y sociales. Los productos presentados son el resultado de investigaciones originales, seriamente estudiadas por pares de gran dedicación y conocimiento. Quiere esto decir que la calidad científica y editorial continúan siendo de alto vuelo, con el firme propósito de lograr la proyección internacional que necesita toda revista que se precie de científica. Como espacio de expresión, de comunicación y relación entre la Facultad y la Academia, los intercambios de conocimiento han ido en aumento gracias a una labor devota y desinteresada de los miembros de los comités Científico y Editorial. Gracias a ellos esta producción teórica y práctica de saberes, puede ser presentada hoy en día ante la comunidad académica.

Con esta y las anteriores ediciones, nuestra Facultad de Derecho se ha venido ofreciendo a la comunidad científica colombiana e internacional como un programa abierto que garantiza el reconocimiento de la excelencia en docencia, investigación y proyección social. Las sinergias de inves-

tigación, innovación y desarrollo entre docentes, pares, investigadores y autoridades académicas siguen en aumento como lo prueba la indexación que se encuentra en curso en Dialnet, la cual será vista como recompensa a una perspectiva pluridisciplinaria sólida, académica e internacional. La inserción de nuestra revista en la realidad colombiana, iberoamericana y universal a través de diferentes enfoques, filosofías y colaboraciones nos permite seguir la dinámica de lo humano, expresado bajo la forma de leyes jurídicas y de fenómenos sociales en general. Por lo tanto, estamos convencidos que en Misión Jurídica se promueven deliberaciones filosóficas, teóricas y prácticas que han de servir no solo al pensamiento jurídico universal sino también a la mejor comprensión de nuestra nación. Lo anterior no es sino la aplicación y puesta en práctica de una reflexión que es válida para la situación actual: *“saber más para pensar mejor, comprender la realidad para cambiarla siempre hacia la búsqueda de la perfectibilidad.”*

Orlando Solano Bárcenas
Editor

COLABORADORES EXTERNOS INTERNACIONALES

MIGRACIONES, TRÁFICO DE PERSONAS Y OTRAS FIGURAS
AFINES, Y LA PROTECCIÓN PENAL DEL NORMAL TRÁFICO
MIGRATORIO EN CUBA
Arnel Medina Cuenca

LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE
DERECHO
Jaime Rodríguez-Arana

LA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS COMO CATEGORÍA LEGAL,
A PARTIR DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL
DERECHO INMOBILIARIO CUBANO
Erick Ortega García

DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS DE INTERDICCIÓN DE
LA MOROSIDAD ADMINISTRATIVA: UNA NUEVA LEGITIMIDAD
Isaac Augusto Damsky

PRESUPUESTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL CONTROL
ECOLÓGICO COMO ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
AMBIENTALES. UNA MIRADA DESDE EL SECTOR EMPRESARIAL
ESTATAL CUBANO
Alcides Francisco Antúnez Sánchez
Elena Polo Maceiras
Yomisel Galindo Rodríguez

**MIGRACIONES, TRÁFICO DE PERSONAS Y OTRAS
FIGURAS AFINES, Y LA PROTECCIÓN PENAL DEL
NORMAL TRÁFICO MIGRATORIO EN CUBA ***

**MIGRATIONS, HUMAN TRAFFICKING AND OTHER
ANALOGOUS CATEGORIES, AND THE PUNITIVE
PROTECTION OF THE NORMAL MIGRATION
TRAFFICS IN CUBA**

**A MIGRAÇÃO, TRÁFICO DE PESSOAS E OUTRAS
FIGURAS AFINS, E PROTEÇÃO CRIMINAL DO
TRÁFICO MIGRATÓRIO NORMAL EM CUBA**

Dr. Arnel Medina Cuenca^a

arnelmedinacuenca@yahoo.es

Fecha de recepción: 1 de Abril 2014

Fecha de revisión: 22 de Abril 2014

Fecha de aceptación: 26 de Mayo 2014

RESUMEN

En los últimos veinte años se ha producido un incremento significativo del tráfico ilegal de personas por aire, mar y tierra, lo que ha llevado a la Comunidad Internacional y a los Estados a adoptar medidas para combatir este flagelo de la humanidad; que al vincularse a las redes del crimen organizado transnacional constituye, en la actualidad, una de las actividades más lucrativas, junto al tráfico de drogas y el de armas.

Cuba ha adoptado medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de migrantes, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, que le añadió al Código Penal el Título XV sobre los Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio, que ha servido para enfrentar con éxito los crecientes hechos de salidas ilegales vinculadas a redes criminales, que se aprovechan de los beneficios de la Ley de ajuste cubano y de la política del Gobierno de

** Artículo de Investigación, desarrollado por el autor en su ejercicio como profesor titular en la Universidad de la Habana y se remitió a las instancias correspondientes del Estado y el Gobierno de la República de Cuba para el perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas*

a. Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de La Habana.

los Estados Unidos de favorecer la emigración ilegal y dificultar las vías legales.

En el trabajo se analizan los criterios jurisprudenciales y de la doctrina, en relación con los tipos penales regulados en los artículos 347 y 348 del Código Penal cubano y se realizan las recomendaciones correspondientes para su perfeccionamiento, en futuras modificaciones legislativas.

PALABRAS CLAVES

Tráfico de personas, trata de personas, delincuencia organizada transnacional, delitos de consumación anticipada, ánimo de lucro.

ABSTRACT

In the last twenty years, there has been a significant rise in migrant smuggling by air, sea and land, which has led States and the International Community to take action in order to fight this scourge of the human race, one of today's most profitable activities when combined with international organized crime, drug trafficking and the arms trade.

Cuba has adopted legislative measures against and to prevent migrant smuggling more effectively ever since Act No. 87 of 1999 came into force and supplemented our Criminal Code with Title XV on Crimes Against the Normal Migratory Traffic, a very useful step to deal successfully with the increasing number of illegal departures organized by criminal rings decided to seize on the benefits of the Cuban Adjustment Act and the U.S. Government's policy in favor of illegal emigration and against the legal migration procedures.

The jurisprudence and doctrine regarding the criminal figures laid down in Articles 347 and 348 of the Cuban Criminal Code are discussed, and relevant recommendations are made with a view to their improvement in future legislative modifications.

KEY WORDS

Migrant smuggling, human trafficking, international organized crime, Crimes of anticipated perpetration, profit-making.

RESUMO

Nos últimos 20 anos temos visto um aumento significativo no tráfico de seres humanos pelo ar, mar e terra, o que levou a comunidade internacional e os Estados tomem medidas para combater o flagelo da humanidade; Vinculando-se redes de crime organizado transnacionais constitui, no presente, uma das atividades mais lucrativas, ao lado do tráfico de drogas e armas.

Cuba tem tomado medidas legislativas para prevenir e combater mais eficazmente o tráfico ilícito de migrantes, a partir da entrada e vigor da Lei nº 87 de 1999, que acrescentou ao Código Penal o título XV sobre os Crimes contra o Tráfico Migratório Normal, que tem servido para enfrentar com sucesso os crescentes atos de saídas ilegais ligados às redes criminosas que exploram os benefícios da Lei de Ajuste Cubano e a política do Governo dos Estados Unidos de incentivar a imigração ilegal e dificultar os canais legais.

No trabalho os critérios de jurisprudência e doutrina são discutidos em relação aos tipos penais regulados nos artigos 347 e 348 do código de Penal cubano e as correspondentes recomendações de melhoria são feitas em alterações legislativas posteriores.

PALAVRAS-CHAVE

Tráfico de seres humanos, tráfico de pessoas, criminalidade organizada transnacional, crimes de tentativa, fins lucrativos.

METODOLOGIA

En el desarrollo de la investigación se aplicaron diversos métodos, como el de análisis y síntesis, para el procesamiento de la literatura jurídica y científica; así como el dogmático jurídico para el análisis de la institución jurídica. De igual forma se empleó el método exegético en el análisis de la norma penal, el jurídico comparado, en el análisis del Derecho positivo Iberoamericano y el inductivo - deductivo para arribar a las conclusiones y recomendaciones.

RESULTADOS

Los resultados están relacionados con el aporte de recomendaciones a las instancias

correspondientes que contribuyan al perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas y contribuir al estudio del tema migratorio y su vinculación con la delincuencia organizada.

Entre los principales logros de la investigación se destacan las recomendaciones realizadas a las instancias correspondientes del Estado y el Gobierno de la República de Cuba para el perfeccionamiento de las normas penales cubanas que regulan el tráfico y la trata de personas, y el haber contribuido al estudio del tema migratorio y su vinculación con la delincuencia organizada, que fueron incluidas en la información brindada al Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República y el Ministerio de Justicia de la República de Cuba, por acuerdo del Tribunal Permanente para el otorgamiento de los grados científicos en ciencias jurídicas, de diciembre de 2013.

INTRODUCCIÓN

Las migraciones son tan antiguas como la humanidad misma. A lo largo de la historia siempre han sido un elemento para garantizar la sobrevivencia o mejorar las condiciones de vida de las sociedades. Se considera que, probablemente, las primeras migraciones ocurrieron cuando las tribus agotaron los suelos del lugar donde cultivaban sus alimentos y se vieron forzadas a abandonarlos y buscar otro con mejores condiciones.

En épocas remotas el hombre se trasladaba de un lugar a otro en busca de alimentos, con la evolución de la sociedad, la posibilidad de encontrar mejores condiciones de vida determinó los flujos migratorios entre regiones y países. En los últimos siglos con el desarrollo del transporte, las comunicaciones, los efectos de la globalización y, fundamentalmente, como consecuencia del incremento significativo de las desigualdades entre países del norte, desarrollado, y el sur, empobrecido, el tema migratorio se ha convertido en un problema que preocupa a la Comunidad internacional y a los Estados nacionales.

En la medida en que los países más desarrollados restringen la entrada de inmigrantes a sus territorios, se produce un incremento significativo de las migraciones ilegales, con una participación creciente de las

bandas criminales que han encontrado una vía de obtener fáciles ganancias, no solo traficando seres humanos, sino también con fines de explotación sexual, laboral, para la extracción de órganos corporales y para otros medios ilícitos.

El motivo de las migraciones que han ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad, siempre ha sido el mismo: buscar otro país que les brindara oportunidades de disfrutar de mayor felicidad, prosperidad y bienestar. Fue a partir de la penúltima década del siglo XIX en el año 1881, cuando ya adquieren la característica de transferencia de mano de obra, dentro de un sistema económico internacional (Esquivel, 2003, pág. 23). Como tal, el fenómeno está directamente sujeto al ciclo económico del capitalismo, lo cual explica su atenuación a partir de la crisis de 1929 y hasta 1945, cuando finaliza la Segunda Guerra Mundial (Bagu, 1985, pág. 233).

Desde la segunda mitad del siglo XX, la migración va, en lo fundamental, desde los países en vías de desarrollo hacia los más avanzados. Los factores que incentivan la inmigración son la existencia de mayores niveles de bienestar o mejores servicios sociales en los países de destino, unido a los motivos políticos, económicos, el desempleo, las crisis económicas, las guerras, los cambios climáticos y los desastres naturales, que, en general, provocan desplazamientos a veces forzados y de igual modo la existencia de redes sociales y familiares que arrastran nuevas migraciones.

El proceso de globalización aporta una novedad al tema migratorio: mientras los países del Norte propugnan la total libertad para la circulación de los capitales y mercancías, ponen enormes trabas burocráticas a la circulación de las personas, militarizan las fronteras y los aeropuertos y construyen muros. Ahora se trata de la aplicación de políticas migratorias encaminadas a favorecer solamente la entrada de aquellos que les interesa, en función de su preparación profesional y de objetivos específicos.

En el presente se estima que los principales emisores de migrantes son China, México, India, Filipinas e Indonesia. Se prevé que durante los próximos 50 años los principales receptores de migrantes serán Estados Unidos, Alemania, Canadá, Gran Bretaña y Australia. También se calcula que en Europa la población

económicamente activa decrecerá drásticamente para el año 2025.

Hasta el 2050 se pronostican decrecimientos de hasta el 40% en esa población en Alemania, Polonia, Italia y España, en virtud de sus bajas tasas de fertilidad. Por su parte, el Fondo para la Población de Naciones Unidas indica que serán necesarios seis millones más de personas en edad productiva para contrarrestar este “*shock demográfico*”, por lo que las migraciones seguirán teniendo “*futuro*” (Olea, 2004).

En América Latina la migración, entendida como el movimiento de personas de un Estado a otro con el propósito de radicarse de manera temporal o permanente, es un fenómeno cada vez más importante. Su trascendencia radica no sólo en el volumen de personas involucradas, sino también en el impacto económico y social que conlleva, tanto para el Estado emisor, como para el Estado receptor.

A pesar de lo masivo y del impacto de los flujos migratorios, poco se repara en los derechos humanos de las personas migrantes. En muchos casos, la violación de los derechos tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales en sus países de origen, es el factor primordial en la decisión de emigrar. A pesar de ello, se observa con frecuencia que las personas migrantes son víctimas de violaciones a sus derechos, tanto en el tránsito como en el lugar de destino.

La condición de no ciudadanos coloca a las personas migrantes en una situación de particular vulnerabilidad. El desconocimiento de la lengua, las costumbres, la legislación y las prácticas dificulta su relación con las autoridades estatales y limita o pone trabas al acceso a servicios y programas estatales, resultando en violaciones a sus derechos humanos.

Ante el incremento de los flujos migratorios, en las últimas décadas del pasado siglo y en los inicios del siglo XXI, como resultado de las crisis y conflictos políticos, económicos y sociales, los países receptores han respondido endureciendo los controles en las fronteras, lo que no ha traído como resultado la disminución de los flujos migratorios, aunque sí ha contribuido a hacer más difícil, costoso y peligroso el viaje. La falsificación de documentos, la violencia común, el tráfico de migrantes, la trata de personas, los viajes en

medios de transporte que no ofrecen condiciones de seguridad, se han convertido en parte de la migración, acentuando la percepción del inmigrante como infractor de la ley y aumentando su condición de vulnerabilidad (Olea, 2004, pág. 16).

La práctica de engañar al migrante para que viaje al extranjero para trabajar, es una forma de explotación que genera grandes utilidades a las mafias internacionales que controlan el tráfico de seres humanos. En un estudio de 2009, llamado «El Costo de la Coacción», la OIT calculó que se extorsiona a los trabajadores migrantes hasta 20.000 millones de dólares por año en todo el mundo (Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, 2012, pág. 9)¹.

Los dramas de los inmigrantes no se reducen a una frontera ni a un determinado mar. Son globales y si se utilizaran límites esquemáticos para esbozarlo, habría que decir que cortan al planeta entre Norte y Sur. Una parte, desesperada por las paupérrimas condiciones de vida, e incluso el serio peligro de muerte por conflictos bélicos, y que habita algún país pobre del Sur, decide, perdida por perdida, subir a precarias barcasas o encomendarse a mafias organizadas que por altas cifras de dinero, dicen que la pondrán del otro lado de la frontera. Pero ese “sueño” termina en el fondo del mar, o muriendo de sed en el desierto de Arizona o preso en algún establecimiento policial hasta la inevitable deportación. O en una situación de esclavitud laboral o explotada por una red de trata. El final del viaje no es de sueño. Es pesadilla (Marín, 2013).

Por otra parte, una vez que llegan al país de destino, los inmigrantes no autorizados deben continuar viviendo en condiciones irregulares. Los empleadores y las autoridades conocen la

¹ El autor en su artículo exclusivo para: www.carlosparma.com. ar afirma en relación con estos polémicos informes que desde el año 2000 ha venido publicando el Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos, que: “según ellos, tiene el objetivo de combatir el Tráfico de Personas en Latinoamérica, pero que al mirar debajo de las cenizas, en realidad tiene como fin, detener la ola migratoria proveniente desde América Latina,... hacia su país, que aun, hoy en día, no pueden controlar eficazmente. Esta observación se basa, en el descaro con que actúa Estados Unidos al presentar este informe y la hipocresía de esta supuesta Política de Estado con la que quiere actuar, debido a que actualmente, es el principal mercado y productor de mercancía sexual y de pornografía en América y en el Mundo, el que aporta a sus erarios, grandes cantidades de dólares al año, y que en razón de ello, carecería de la moral para juzgar y calificar a los demás países del orbe en virtud de esta materia”.

imposibilidad de los migrantes indocumentados de solicitar protección en caso de abuso o violación de las normas, lo que resulta para ellos en condiciones de trabajo violatorias de la ley, en la imposibilidad de acceder a bienes y servicios como el resto de la población y en su propia renuencia a solicitar protección estatal cuando son víctimas de delitos o de faltas administrativas, o cuando requieren de atención a necesidades especiales.

Adicionalmente, en los procesos penales y migratorios de los que son parte, no se garantiza adecuadamente el debido proceso, ni a nivel normativo ni a nivel práctico. En concreto, se observan deficiencias en los servicios de traducción, en la información sobre la protección consular y en la existencia de un amplio margen de discrecionalidad en los actos administrativos, entre otros.

Es importante también tomar en cuenta que la población migrante está compuesta por grupos a los cuales se les ha reconocido una protección especial. Miembros de comunidades indígenas, mujeres y niños migrantes, requieren de la atención a sus necesidades específicas. Por otra parte, la discriminación racial contra las comunidades afrodescendientes, indígenas y contra otros grupos étnicos, como los musulmanes, fundamentalmente a partir del once de septiembre de 2001, también repercute en el fenómeno migratorio y deben ser valorados para la protección efectiva y la garantía de los derechos de las personas migrantes.

En los últimos años, como consecuencia de la crisis económica en la denominada zona Euro, el tema migratorio ha adquirido nuevos matices, fundamentalmente en los países más afectados, como Grecia, España, Irlanda, Portugal, Italia y Chipre, donde el flujo de emigrantes ha disminuido y se reportan incrementos de migraciones, en busca de trabajo, desde esos territorios, hacia países en desarrollo, como Argelia, Brasil, Argentina, México y otros.

Investigaciones recientes evidencian que en el primer lustro del siglo XXI el número de inmigrantes latinoamericanos era creciente, hasta alcanzar los 400 mil en 2006, pero luego la tendencia se revirtió y en 2009 solo entraron a los países de la Unión Europea 229 mil personas (Organización Mundial de las Migraciones,

2012)². Se trata de una disminución significativa de las migraciones desde varios países de América Latina, hacia Europa, lo que está relacionado con la crisis económica en Europa, la situación favorable que reportan varios países Latinoamericanos (Pérez Herrero, 2012)³ y también las políticas de inclusión social y los profundos cambios que se están produciendo en importantes países de la región, en los que ya se aprecian los resultados de las políticas de integración regional y de las encaminadas a mejorar las condiciones de vida de sus habitantes y a reducir las desigualdades sociales, que, como conocemos, constituyen la causa principal de las migraciones ilegales.

España, que ha sido tradicionalmente el mayor receptor de migrantes latinoamericanos, según reporta el Instituto Nacional de Estadística (INE), por primera vez, en los últimos 42 años perdió población al cierre del año 2012, desde que se dispone de datos anuales, en 1971, con un decrecimiento de 113.902, como resultado de un saldo vegetativo positivo (nacimientos menos defunciones) de 48.488 personas y un saldo migratorio negativo de 162.390 personas (Instituto Nacional de Estadística, 2013)⁴

2 Según el referido informe en la fecha señalada residían en Europa cuatro millones 290 mil latinoamericanos, fundamentalmente en el Reino Unido, Países Bajos, Italia, Francia y España, que a pesar de la crisis económica continúa siendo el principal destino y en América Latina un millón 250 mil europeos, 107 mil de los cuales abandonaron sus países en 2008 y 2009 para instalarse fundamentalmente en Brasil, Argentina, Venezuela y México. Las principales naciones del viejo continente emisoras de migrantes hacia Latinoamérica fueron España con 47 mil 700, Alemania 20 mil 900, Países Bajos 17 mil 100 e Italia 15 mil 701.

3 En 2012 la situación de América Latina, España, la UE y EEUU ha cambiado con respecto a 1991. Las sociedades latinoamericanas han evolucionado; sus economías están creciendo; los destinos de las exportaciones se han diversificado a los mercados asiáticos; y las formas democráticas se han consolidado. Brasil se ha convertido en la sexta potencia económica mundial; el PIB per cápita de Chile se acerca al de la UE; y Perú crece a ritmos elevados. Obviamente, siguen quedando retos importantes: hay que perfeccionar el funcionamiento de las instituciones, mejorar la distribución del ingreso, avanzar en la seguridad ciudadana, reducir la violencia y la corrupción, erradicar el narcotráfico, trabajar en la implementación de reformas fiscales y desarrollar las estructuras productivas para producir más y mejor en un mundo competitivo evitando caer de nuevo en un proceso de reprimarización.

4 Este saldo migratorio negativo se ha mantenido en los últimos tres años, con - 42.675 en 2010 y - 37.699 en 2011. En el 2000 España contaba con 40 millones de habitantes, mientras que en la siguiente década, caracterizada por el incremento de la inmigración y el crecimiento económico, llegó hasta los 46,1 millones. A 1 de enero de 2013 se reportan 46.704.314 habitantes en España. La inmigración de los españoles desde el exterior en 2012 procedía principalmente de Cuba, Venezuela, Francia y Reino Unido; con un incremento de los procedentes del Ecuador (37,1%) y un descenso de los provenientes de Cuba (-31,9%).

(314.358 inmigrantes procedentes de otros países menos 476.748 emigraciones con destino al extranjero, de ellos 59.724 españoles, el 12,5%).

La crisis económica ha tenido un efecto sustancial en la emigración de las Américas, en particular hacia España, con una reducción del 38% entre el período 2005 - 2007 y el 2008 - 2010. En cifras absolutas se produjo un descenso de alrededor de 860.000 a 550.000 para los periodos indicados (Migración Internacional en las Américas, 2012, pág. 10). Al valorar estas cifras no podemos olvidar que el 92% de los emigrantes de las Américas, se concentran en los Estados Unidos y España (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 8).

Las oportunidades de trabajo son ahora mucho más escasas y la competencia entre los trabajadores nacidos en los países receptores y los inmigrantes es más intensa. Las afectaciones en el sector de la construcción, donde trabajan muchos inmigrantes han tenido su incidencia negativa en la inserción laboral de los trabajadores emigrantes (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 28).

Las políticas migratorias aplicadas en Europa en los últimos años, también han incidido indiscutiblemente en la disminución de las migraciones hacia los países de la Unión Europea⁵ y en España.

En 2008 el tema migratorio fue abordado en reiteradas ocasiones durante la campaña electoral en España y formaron parte importante de los debates televisivos entre Zapatero y Rajoy, en los cuales el Presidente del Gobierno formuló las tres fuentes de su política de inmigración, la que quedó enunciada de la siguiente forma:

Nuestra política de inmigración tiene un principio: sólo pueden venir y quedarse los que puedan trabajar de acuerdo con la ley... Y eso hay que hacerlo en tres frentes. Primero, que no salgan de sus países de origen, personas

empujadas por la desesperación. Segundo, que el control de fronteras impida la entrada de inmigrantes que no tengan contrato de trabajo garantizado. Y Tercero, que se pueda devolver a los países de origen a las personas que entren ilegalmente aquí (Lario, 2008, pág. 781)⁶.

Numerosos autores y organizaciones defensoras de los Derechos Humanos, han abordado críticamente esta política migratoria, entre ellos Rafael Lara, quien la resumió con las siguientes palabras: "Que no salgan, si salen que no lleguen, si llegan que sean inmediatamente detenidos y repatriados" (Lara, 2008), que hoy clasifican entre las más citadas por los estudiosos de los temas migratorios en España y América (Martínez, 2009).

En noviembre de 2008 el Gobierno español puso en marcha un programa de retorno asistido para extranjeros desempleados, con un discurso oficial que insinuaba que esta medida iba a resultar clave para atajar la crisis económica, revertir los flujos migratorios y lograr la estabilidad social. "En los primeros quince meses de funcionamiento del programa solo se habían acogido al mismo 8.500 personas, de las que más de 5.000 eran de nacionalidad ecuatoriana, lo cual es, obviamente una cifra irrisoria comparado con los cerca de cinco millones de extranjeros que residen en España" (Superar Fronteras, 2011, pág. 12).

Una vez más se había identificado inmigración con crisis, sembrando la sospecha de que los inmigrantes eran responsables del desempleo, sugiriendo que la solución pasaba por el regreso a sus países de origen, sembrando el germen de la posible conflictividad social, reforzando una mirada utilitarista de las personas migrantes y distraendo la atención de otras cuestiones más importantes. Un discurso irresponsable, que ni resuelve el problema del desempleo, ni ayuda a cohesionar la sociedad de un modo que afronte los problemas comunes con más fuerza.

En este contexto los países más desarrollados continúan necesitando fuerza de trabajo, porque sus bajas tasas de natalidad no les permiten otra opción, pero ahora la tendencia es la selección previa y rigurosa de trabajadores jóvenes y calificados, con la correspondiente afectación

España mantuvo un saldo migratorio positivo en 2012 con Cuba, República Dominicana, Reino Unido y Venezuela, mientras que los mayores saldos negativos fueron con Rumanía, Ecuador, Marruecos y Bolivia.

5 Ver Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimiento comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio. En el ámbito español se le conoce como la Directiva de la vergüenza.

6 El debate televisivo se produjo el 3 de marzo de 2008.

para los países emisores, como ya se ha señalado, lo que se conoce como «fuga de cerebros». Estas pérdidas resultan sensibles, como destaca Álvarez Acosta "...mayormente cuando los migrantes han obtenido una buena preparación, en algunos casos gratuitamente y después de migrar no regresan a sus territorios. Este fenómeno es cotidiano en nuestros días" (2005, págs. 16, 17)⁷.

La **migración** comprende el desplazamiento de individuos o pueblos de un país o de una región a otra para establecerse en ella, por razones económicas, sociales o políticas, entre otras.

En el marco de la Unión Europea, se utiliza también la definición estadística de migración, como el cambio de residencia habitual, de acuerdo los Reglamentos 763/2008 y 862/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Censos de Población y Vivienda y Protección Internacional (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 13).

La **inmigración** consiste en llegar a un país para vivir en él; incluye el cambio de residencia de una persona o grupo de una región o país a otro, desde el punto de vista del lugar de destino de los desplazados (Instituto Nacional de Estadística, 2013, pág. 20). La inmigración es interna si las personas cambian de territorio en un mismo país, y es externa si provienen del extranjero.

Se considera **emigrante** el que se traslada de su país de origen a otro, generalmente, con la intención de desarrollar una actividad de tipo laboral, aunque, en rigor de verdad, los individuos deciden abandonar su lugar en el mundo por otras y muy complejas circunstancias. Podría decirse que la **emigración** termina donde comienza la **inmigración**, es decir, el emigrante en determinado momento del proceso cuando llegue a destino se convertirá en inmigrante. Cuando la emigración ocurre por razones políticas, entonces se utiliza el término **emigrado**, en lugar de emigrante.

⁷ Al comentar las necesidades de fuerza de trabajo en los países de la Unión europea señala que: "Según un estudio de las Naciones Unidas, los 15 países que integraban la Unión Europea necesitarían 47,4 millones de inmigrantes en los próximos 50 años para evitar la disminución de su población, y 67,4 millones para mantener la relación entre activos y retirados".

La **emigración** se entiende como el abandono voluntario de un país para establecerse en otro, desplazamiento de un grupo de personas o de un individuo de uno a otro país, ya sea de forma temporal o permanente. Aunque puede responder a muchos tipos de causas, la emigración, así como la inmigración, esta normalmente originada por la necesidad o deseo de alcanzar una mejor condición económica y social.

Todo lo anterior nos motivó para realizar un estudio sobre la temática desde una perspectiva multidisciplinaria teniendo en cuenta que es imposible abordarla, sin dar una mirada transversal a fundamentos históricos, sociológicos, criminológicos, que nos permitan poner énfasis en las cuestiones penales que son el objetivo esencial del estudio.

La importancia del tema parte desde la misma percepción social y jurídica que se tiene sobre él, que comienza por la Comunidad internacional y sus pronunciamientos, los reclamos de los grupos de Derechos humanos y los penalistas, quienes consideran la necesidad de recalcar que no es el Derecho penal la solución a esta problemática, sino solo un instrumento de ultima *ratio* para dar respuesta al ataque a un bien jurídico importante, como es la dignidad humana, que se pone en peligro con el tráfico de personas.

El problema para Cuba es de evidente trascendencia y actualidad; en los últimos 50 años la política de los Estados Unidos de Norteamérica se ha dirigido a estimular la migración ilegal de los ciudadanos cubanos hacia ese país, obstaculizando la posibilidad de que exista un tránsito ordenado y seguro de las personas que desean emigrar; por otra parte, nos hemos visto en la necesidad de adoptar regulaciones internas que enfrenten esta problemática, lo que convierte el tema en algo muy sensible para nuestro país.

No hay dudas entonces que ese incremento de las migraciones ilegales ha llevado a muchos países, entre ellos al nuestro, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 (Gaceta Oficial de la República de Cuba., 1999) de 16 de febrero de 1999, a adoptar medidas legislativas para prevenir y combatir con mayor eficacia el tráfico ilícito de seres humanos, que en la actualidad aparece vinculado a los grupos delictivos organizados, los que desarrollan sus actividades por aire, mar y tierra, poniendo en peligro la vida y la seguridad de las personas.

Hasta la incorporación al Código Penal de esta nueva figura delictiva, rigió entre nosotros, en el Título IV: Delitos contra el orden público, los delitos de entrada y salida ilegal del territorio nacional, que tipifican como infracciones penales la entrada y la salida sin cumplir las formalidades legales establecidas.

La Ley 87 de 15 de febrero de 1999 significó una modificación trascendental no solo por la introducción del Título relacionado con el Tráfico de personas, sino también con otras conductas relevantes como el Tráfico y la Trata de personas y el Tráfico y Venta de niños, lo que requiere a casi tres quinquenios de vigencia, de una mirada evaluadora de sus preceptos. Esto nos llevó a preguntarnos, como **problema científico**, ¿cómo prever a la luz de las doctrinas legales contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales, supuestos típicos que den respuesta al fenómeno del tráfico migratorio ilegal y otras figuras afines en el proyecto legislativo de Código Penal cubano?

En ese sentido, la hipótesis transita por considerar que la correcta configuración de tipicidades relacionadas con el fenómeno de la migración ilegal y otras figuras afines en el proyecto legislativo de código penal cubano, facilitaría la reacción penal ante estos hechos, si se armonizara con las doctrinas contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la materia.

El principal objetivo de nuestra investigación ha sido evaluar parte del proyecto legislativo de Código Penal cubano, propuestas de conductas vinculadas con el tráfico de personas y figuras afines, atemperadas a las doctrinas contemporáneas e instrumentos jurídicos internacionales, que permitan una reacción eficaz de los órganos de Administración de Justicia ante el fenómeno del tráfico migratorio ilegal.

Con los objetivos específicos se propuso, en primer lugar, analizar desde una perspectiva global el estado actual del fenómeno migratorio y los Instrumentos emitidos por la Comunidad internacional para enfrentar las migraciones ilegales; así como sistematizar los diversos criterios doctrinales y legislativos que sobre el delito de tráfico de personas, existen en la teoría del Derecho penal actual, con especial énfasis en el bien jurídicamente protegido, la estructura del

tipo penal, las formas de comisión del mismo y cómo ello se refleja en el diseño legislativo cubano, a fin de poder ofrecer un conjunto de parámetros que contribuyan a su perfeccionamiento.

Por razones de espacio no se abordan en el presente artículo otros importantes resultados de nuestra investigación, (pendientes para incluir en futuros trabajos), como los relacionados con los fundamentos criminológicos y penales que permiten ofrecer una correcta formulación dogmática al enfrentamiento del tráfico y la trata de personas.

1. EL FENÓMENO MIGRATORIO EN CUBA UN ANÁLISIS IMPOSIBLE DE ELUDIR

Cuba, en las primeras décadas del siglo XX, había sido un país esencialmente receptor de migrantes, procedentes fundamentalmente de los Estados Unidos y de Europa (Álvarez Acosta, 2005, pág. 152 y 153)⁸, aunque siempre tuvo un flujo migratorio hacia los Estados Unidos y otros países a lo largo de su historia como nación. A partir de la llamada “gran depresión económica”, de los años 1929 -1933, Cuba se convirtió en emisor, como resultado de la incidencia negativa de la crisis económica, y con posterioridad se mantuvo esa tendencia por la persecución política y la represión desatada por la dictadura de Fulgencio Batista, entre 1952 y 1958.

Al triunfo de la Revolución cubana, el primero de enero de 1959, el país mantuvo la condición emisor. Las primeras oleadas migratorias fueron eminentemente políticas, después de los ochenta comienzan a aparecer los motivos económicos, una tendencia que se mantiene hasta nuestros días, incrementada a partir de las dificultades que enfrentó nuestro país después de la caída del muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989 y de la Unión Soviética, el 25 de diciembre de 1991, además del recrudecimiento del bloqueo económico, financiero y mercantil impuesto por el Gobierno de los Estados Unidos por más de cincuenta años, unido a su política de restringir las migraciones legales desde nuestro país y a

⁸ La autora destaca, entre otros datos significativos de este periodo, la entrada de una avalancha de estadounidenses, que arribaron a Cuba, con el objetivo de capitalizar en país, en los primeros años del siglo y que entre 1902 y 1931, arribaron, cerca de un millón de europeos y 175.000 jamaicanos, haitianos y otros jornaleros. En este periodo también entraron a Cuba importantes contingentes de indios, sirios y libaneses.

favorecer las ilegales, con el objetivo de crearle dificultades al Gobierno cubano.

Desde los primeros años de la Revolución cubana, los emigrantes cubanos fueron admitidos en los Estados Unidos como «refugiados que huían del comunismo», bajo los auspicios de la Ley Walter Mc Carran, con derecho a acogerse al Programa para los Refugiados Cubanos, establecido en 1961 por el presidente John F. Kennedy, bajo la creencia de que con esta política debilitaban al Gobierno cubano (Barbería, 2010, pág. 104)⁹.

1.1. Los primeros años. Camarioca

En las condiciones de Cuba, la migración ilegal - fundamentalmente hacia los Estados Unidos-, a partir de 1959, estuvo vinculada a la beligerancia de su Gobierno frente a la revolución cubana (Roque, 2004)¹⁰, el cual ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba, lo que es el reflejo de una manipulación política, estrechamente vinculada a los intereses de las organizaciones contrarrevolucionarias radicadas en el sur de la Florida.

A lo largo de más de cuarenta años se han firmado diversos acuerdos entre ambos gobiernos para tratar de normalizar el tráfico migratorio entre los dos países, sin embargo, los intereses de la ultraderecha conservadora y fundamentalista de ese país, en estrecha alianza con los grupos terroristas y anexionistas de origen cubano radicados en la Florida, han provocado reiteradas suspensiones e interrupciones, que se han convertido en nuevos estímulos a las salidas ilegales.

En el segundo semestre de 1960 se organizó, desde el territorio de los Estados Unidos, una de las agresiones más criminales contra el pueblo de

Cuba, en un tema de tanta sensibilidad como la protección de la niñez, la denominada “Operación Peter Pan”, que con el objetivo de salvar a los niños cubanos del comunismo, con el absurdo pretexto de que el Gobierno cubano les quitaría a sus padres la patria potestad, fueron trasladados 14.000 niños y niñas para los Estados Unidos (Álvarez Acosta, 2005, pág. 10). Muchos de esos niños demoraron años para reencontrarse con sus padres y otros... no lo lograron.

A finales de 1962, el Gobierno de los Estados Unidos suspendió los vuelos normales y las salidas legales hacia su territorio, lo que de inmediato se convirtió en un estímulo a la emigración ilegal. El primer acuerdo entre ambos países para organizar el flujo migratorio, denominado *Memorandum* de entendimiento, se firmó en el año 1965, como consecuencia de la decisión de nuestro gobierno de habilitar, en ese año, el puerto de Camarioca, al norte de la provincia de Matanzas, para que los emigrados pudieran recoger a sus familiares en la Isla, emigrando por esta vía cerca de 2.900 personas¹¹.

El pequeño puerto de Boca de Camarioca estuvo abierto para todos los emigrados que quisieran llevarse a sus familiares desde el 28 de septiembre, cuando se anunció la decisión del Gobierno Revolucionario, hasta el 15 de noviembre de 1965.

1.2. El puente aéreo y la Ley de Ajuste Cubano

Con la firma del “*Memorandum* de Acuerdo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Cuba y la Embajada de Suiza en La Habana, como representante de los intereses del Gobierno de Estados Unidos respecto al traslado a Estados Unidos de Cubanos que deseen vivir en Estados Unidos”, se propició un puente aéreo¹² por el que emigraron más de 268.000 personas, hasta el año 1973, cuando el presidente Nixon decidió suspender el puente aéreo y los acuerdos que le dieron origen (Aja & Rodríguez, 2003, págs. 61-68).

⁹ La autora precisa también que los Estados Unidos acogieron a casi medio millón de cubanos en los años sesenta y setenta.

¹⁰ Al referirse a los que pretenden presentar la permanente agresión del Gobierno de los Estados Unidos contra Cuba - en alianza con la elite corrupta, ambiciosa y antipatriótica de cubanos residentes en aquel país - como “un problema entre cubanos”, precisó que el problema real, es la decisión del Gobierno del Presidente Bush - heredero de una apetencia imperial por Cuba que data de dos siglos - de negarnos el derecho, reconocido en la Carta de Naciones Unidas, a ser un país independiente y a escoger, sin injerencia externas, nuestro modelo económico, político y social, nuestras leyes y nuestras instituciones.

¹¹ Otras 2.014 personas quedaron en Camarioca hasta que fueron recogidos en barcos alquilados por el Gobierno de Estados Unidos.

¹² Conforme a la letra del Acuerdo el Gobierno de los Estados Unidos se comprometió a suministrar el transporte aéreo necesario para trasladar entre 3.000 y 4.000 personas al mes.

En 1966, un año después del inicio del puente aéreo a partir del *Memorandum*, se firma en Estados Unidos la Ley de Ajuste Cubano (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 64)¹³ que reafirma el tratamiento particular para la emigración cubana, al concederle asilo político de forma casi automática, eximiéndole de las cuotas por países que establecía su Ley Inmigratoria desde 1965 y la posibilidad de ajustar ese estatus migratorio al año y un día de permanecer en territorio estadounidense, optando por la residencia sin tener que salir de Estados Unidos, tal y como lo establece la Ley Inmigratoria para el resto de los inmigrantes (Sorolla Fernández, 2013)¹⁴.

1.3. La crisis de los ochenta. El Mariel y los acuerdos migratorios de 1984

En 1980, el Gobierno cubano informó a los emigrantes cubanos residentes en los Estados Unidos, que podían recoger a sus familiares que quisieran abandonar la Isla y abrió el puerto de Mariel para ese fin. Los Estados Unidos decidieron admitir a 125.000 cubanos, que fueron trasladados a la Florida en embarcaciones privadas, de forma similar a lo ocurrido en el caso de Camarioca en 1965, con la particularidad de que a partir del Mariel, comenzó a surgir, dentro del gobierno estadounidense, cierto consenso en el sentido de evitar las oleadas masivas de cubanos hacia las costas de la Florida y, en consecuencia, en 1981, en

pleno proceso de ubicación de los denominados “marielitos”, se cerró el Programa para Refugiados Cubanos (Barbería, 2010, pág. 105).

En diciembre de 1984, como resultado de la crisis migratoria generada en 1980, se firman acuerdos migratorios, en una etapa en la que la composición y el grado de relación con familiares residentes en los Estados Unidos de la migración cubana habían cambiado radicalmente¹⁵. Durante los años 1986 y 1987, el acuerdo quedó suspendido por decisión de nuestro Gobierno, en respuesta a la creación por parte de la administración Reagan de la mal llamada radio Martí. En 1988, se puso en vigor nuevamente y hasta el año 1994; el grado de cumplimiento por parte del Gobierno de los Estados Unidos fue muy inferior a lo pactado, siguiendo la política de siempre, de reducir la inmigración legal, y ordenada, y continuar estimulando la ilegal.

1.4. La crisis de los balseros y los acuerdos migratorios de 1992

Entre 1991 y julio de 1994, cuando se desató la denominada crisis de los balseros, Estados Unidos recibió 13.275 inmigrantes ilegales cubanos, mientras sólo aceptaba 3.794 solicitudes de entrada legal.

La causa fundamental de esta grave crisis migratoria, estuvo relacionada con el incumplimiento reiterado de las visas prometidas, la Ley de Ajuste Cubano, la grave crisis económica que afectó a nuestro país, provocada por la caída del socialismo en Europa del Este y la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el endurecimiento del bloqueo económico, financiero y comercial, y la propaganda subversiva procedente de Estados Unidos, estimulando la indisciplina social y las salidas ilegales, junto a la falta de medidas eficaces por parte del Gobierno

¹³ Los autores incluyen una cita del compañero Fidel Castro Ruz, en su discurso del 3 de agosto de 1999, en el acto por la celebración del 26 de julio en la provincia de Matanzas, en la que refiriéndose a esta Ley afirma que: “en su afán de desestabilizar y destruir la Revolución cubana, de cierta forma, esta ley, muy general y confusa, con algunas actualizaciones posteriores, fue lo que sirvió de base al derecho automático a la residencia permanente, después de un año de ingresar en territorio de Estados Unidos, a cuanto ciudadano saliera ilegalmente de Cuba tan pronto pisara tierra norteamericana, algo que no se concedió jamás a ningún otro país del mundo. De haberlo hecho así con el resto de América Latina y el Caribe, hoy habrían muchos más ciudadanos latinoamericanos y caribeños en Estados Unidos que los nacidos en ese país’.

¹⁴ La Directora del Centro de Estudios de Migraciones Internacionales de la Universidad de La Habana, resume los principales programas del Gobierno de los Estados Unidos, relacionados con su política migratoria hacia Cuba, que son los siguientes: Programa de los Estados Unidos para Refugiados (United States Refugee Program); Programa de Visados de Diversificación de Inmigrantes, conocido como “lotería internacional” (Diversity Lottery Visa Program); Familiares inmediatos de ciudadanos o residentes legales permanentes (Family-Sponsored Immigrants); Programa Especial para la Emigración de Cubanos (Special Cuban Migration Program), conocido como el “bombo o sorteo”; Programa de Reunificación Familiar de Cubanos Bajo Palabra (Cuban Family Reunification Parole) y el Programa de Profesionales Cubanos de la Medicina Bajo Palabra (Cuban Medical Professional Parole Program).

¹⁵ El 12 de diciembre de 1984, luego de la crisis que se gestó a inicios de los años ochenta, cuando 125 mil personas salieron a través del puerto del Mariel, se firmó el Acuerdo de Normalización de las Relaciones Migratorias entre ambos países, que contempló un Comunicado Conjunto y un Acta de Ejecución, mediante los que Cuba aceptó la devolución de 2746 “excluíbles” que vivían en Estados Unidos y éste se comprometió a permitir la entrada anual de hasta 20 000 ciudadanos cubanos que quisieran emigrar legalmente a ese país. La poca seriedad con que el Gobierno de los Estados Unidos acogió este acuerdo se evidencia en el hecho de que de las 160 mil visas que debieron ser concedidas en sus 8 años de vigencia, sólo fueron otorgadas 11 222, es decir, el 7%, mientras continuaron alentando la emigración ilegal.

de los Estados Unidos, para evitar la emigración ilegal y eliminar el contrabando de personas.

A diferencia de lo ocurrido en 1965 y 1980, con las salidas desde Camarioca y Mariel, en 1994, dos semanas después de iniciado el flujo, la administración Clinton revocó la admisión de balseros cubanos en los Estados Unidos y ordenó a la Marina y al servicio de Guardacostas que los trasladaran a la Base Naval de Guantánamo y a campamentos de refugiados en Panamá, con lo que, al menos durante la crisis, se continuó la política de restringir la inmigración cubana, iniciada en 1980 (Barbería, 2010, pág. 105).

El 9 de septiembre de 1994, se firmaron nuevos acuerdos migratorios¹⁶, los que a diferencia de los anteriores estuvieron orientados a controlar la emigración ilegal entre los dos países y, a la vez, se llegó a un entendimiento para normalizar la migración legal, por lo que a partir de ese momento los emigrantes ilegales que se capturaron en el mar son devueltos a Cuba. Estos acuerdos incluyeron también la suspensión de la práctica de otorgar asilo automático a quienes lograrán arribar por esa vía a territorio norteamericano¹⁷.

16 Este Acuerdo Migratorio de 9 de septiembre de 1994, se complementó posteriormente con las medidas adoptadas como parte de su implementación con la Declaración Conjunta de 2 de mayo de 1995, con lo cual quedaron establecidas las condiciones propicias para contribuir a que la emigración entre los dos países se realizara de forma segura, legal y ordenada. En virtud de estos compromisos contraídos por ambas partes, se reconoció el interés común de impedir las salidas riesgosas desde Cuba que ponen en peligro las vidas humanas: los Estados Unidos descontinuarían su práctica de otorgar la admisión provisional a todos los emigrantes cubanos que lleguen a su territorio por vías irregulares y Cuba tomaría medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para impedir las salidas inseguras, usando fundamentalmente métodos persuasivos.

Con relación al tráfico de inmigrantes se comprometieron a cooperar para tomar acciones oportunas y efectivas para impedir el transporte ilícito de personas a los Estados Unidos, así como a adoptar medidas efectivas, en todo lo que esté a su alcance, para oponerse e impedir el uso de la violencia por parte de cualquier individuo que intente llegar o llegue a ese país desde Cuba mediante el desvío forzoso de aeronaves o embarcaciones. La realidad es que hasta el presente los Estados Unidos han continuado estimulando la emigración ilegal desde Cuba, las medidas adoptadas contra los traficantes de personas han sido insuficientes, nada ha hecho contra los secuestradores de naves o aeronaves, con las dos excepciones indicadas infra y sólo ha cumplido con el compromiso de expedir cada año 20 mil visas, mediante procedimientos que no han estado exentos de diversas manipulaciones.

17 A pesar de estar contemplados en la letra de los acuerdos, el Gobierno de los Estados Unidos continúa aplicando la política de «pies secos/pies mojados», que consiste en admitir a los que logran arribar al territorio de los Estados Unidos y devolver solamente a los que son capturados en el mar. Se trata de un privilegio que no tienen otros emigrantes ilegales de Latinoamérica y que es aplicable también a los cubanos que

Ambos gobiernos acordaron además el regreso a Cuba de los inmigrantes que se encontraban en la Base Naval de Guantánamo y que no cumplieran los requisitos para ser admitidos en Estados Unidos.

Los temores sobre la emigración cubana, que, como ya apuntamos, aparecieron por primera vez en 1980, con la crisis del Mariel y se manifestaron de nuevo en los noventa, ha llevado al Gobierno de los Estados Unidos a cumplir, en lo fundamental, los compromisos asumidos en los acuerdos migratorios con Cuba y también en dos ocasiones durante el año 2003, sancionaron con severidad a los autores del secuestro de un avión cubano de pasajeros y devolvieron a los secuestradores de una embarcación al ser abordada en aguas internacionales por Guardacostas norteamericanos (Barbería, 2010, pág. 108)¹⁸.

1.5. La vigencia de la Ley de Ajuste Cubano y el incremento de las operaciones de tráfico de personas desde Cuba

A pesar de estar incluido en los acuerdos migratorios firmados entre Cuba y los Estados Unidos en 1994, el Gobierno de dicho país, movido por presiones y factores de carácter político interno, ha mantenido la vigencia de la Ley de Ajuste Cubano, estimulando de esta forma las salidas ilegales, al recibir sin exigencias ni requisito alguno a aquellos que pisan tierra en sus costas, arriban por vía aérea con documentos falsos, o logran entrar con sus documentos a través de la frontera mexicana. De esta forma hasta personas con antecedentes penales, que jamás reciben visa cuando la solicitan, adquieren el derecho a trabajar de inmediato y a la residencia en territorio norteamericano, desde hace ya más de cuarenta y siete años.

La Ley de Ajuste Cubano, de 2 de noviembre de 1966, que ha mantenido su vigencia, como una vía

arriben por vía aérea o terrestre, de forma legal o ilegal.

18 Se trata del secuestro de un avión con 24 pasajeros a bordo, ocurrido en 2003, donde fueron encausados y sancionados con condenas de veinte años de prisión (catorce de los 24 pasajeros solicitaron y recibieron permiso del Departamento de Seguridad Nacional para permanecer en los Estados Unidos y los restantes regresaron a Cuba) y también en julio de 2003 cuando doce personas secuestraron una embarcación, que fue al ser capturados en aguas internacionales, fueron devueltos a Cuba, después que nuestro Gobierno dio garantías de que estarían sujetas a sanciones no superiores a los diez años de privación de libertad.

de estimular las salidas ilegales, en violación de los acuerdos migratorios vigentes entre ambos países, es la causante directa de elevadas pérdidas de vidas humanas, que pudieran evitarse si el Gobierno de los Estados Unidos, se decidiera a mantener una política seria y responsable en el tratamiento a las relaciones migratorias con Cuba, y le diera cumplimiento efectivo a los acuerdos suscriptos entre ambos países (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 66)¹⁹.

Con las restricciones aplicadas a la inmigración cubana, parecía que se acercaba el fin de la Ley de Ajuste Cubano y que el Gobierno estadounidense se decidiría a cumplir la letra de los acuerdos migratorios suscritos, pero, como ya apuntamos *supra*, la realidad de los últimos diecinueve años ha sido la de continuar admitiendo a los que logran arribar al territorio de los Estados Unidos y devolver solamente a los que son capturados en el mar.

Los emigrantes cubanos continúan recibiendo un tratamiento especial dentro del programa federal de reubicación de refugiados, que les concede beneficios federales, incluyendo subvenciones económicas y seguro médico. Hasta siete años después de su entrada en los Estados Unidos, los que no alcancen los niveles de ingresos y recursos establecidos, son elegibles para recibir ingresos por concepto de seguridad social suplementaria (Barbería, 2010, pág. 106).

En los primeros años de la segunda década del siglo XXI, nuevamente se especula sobre el posible fin de la Ley de Ajuste Cubano, atendiendo al intenso proceso de negociaciones bipartidistas que se desarrolla, en la Cámara de Representantes y en el Senado de los Estados Unidos, en torno a la reforma migratoria prometida por Obama, desde su primer mandato, que ha estado estancada durante años y ha vuelto a resurgir, sin que, hasta ahora, se conozca de la existencia de propuestas encaminadas a mantener los privilegios que

¹⁹ Se señala que "la aplicación de los Acuerdos ha detenido de manera significativa las posibles avalanchas de este fenómeno, pero no puede cerrar definitivamente esa puerta en tanto el emigrante cubano que consigue arribar a territorio norteamericano por vía marítima, burlando al servicio de Guarda Costas, tiene ante sí excelentes opciones para no ser enviado de vuelta a Cuba... No importa que estos hechos pongan en peligro la vida de seres inocentes, en especial de niños que dirigidos por sus padres se someten a riesgos incalculables, la campaña propagandística es permanente y es orientada intencionalmente".

disfruta actualmente la inmigración cubana, con relación a la de otros países.

En época reciente las operaciones ilegales de tráfico de personas desde el territorio estadounidense se han incrementado y han ido ganando en complejidad, con la utilización de lanchas rápidas de matrícula norteamericana y también a través de otros países como México. Ya no se trata de actividades aisladas de personas que venían a buscar familiares ante la falta de respuesta a las solicitudes de visas, sino de una actividad delictiva organizada, que le reporta importantes ganancias a los que la practican, lo que ha llevado a nuestro país a adoptar medidas de índole legislativo, con la penalización, a partir de marzo de 1999, del tráfico de personas (Gaceta Oficial de la República de Cuba., 1999) y la captura y enjuiciamiento de más de un centenar de traficantes residentes en Estados Unidos²⁰.

Esta situación justifica la penalización de estas conductas por el legislador del 99, que posteriormente fueron recogidas en el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

1.6. El Programa de profesionales cubanos de la medicina bajo palabra

El *Cuban Medical Professional Parole*, por su nombre en inglés, fue establecido con el objetivo de estimular la deserción del personal médico cubano que está brindando colaboración en diferentes países y consiste en ayudarlos a llegar a los Estados Unidos con la condición de refugiados. Se trata de un programa que afecta a la salud pública cubana y también a los ciudadanos de los países donde prestan sus servicios, que son generalmente personas de bajos ingresos de áreas

²⁰ En la sentencia 1652 de 17 de diciembre de 2012 de la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo Penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, en su Cuarto Considerando se expresa al respecto que: "...el delito de tráfico de personas tiene una elevada peligrosidad social y alta incidencia en el mundo de hoy, y afecta no solo el normal tráfico migratorio, sino también la estabilidad de las naciones. De ahí que nuestro país, sometido a una brutal campaña anticubana procedente de Estados Unidos, en la que individuos inescrupulosos incitan a los ciudadanos a abandonar su patria, para acogerse a la Ley de Ajuste cubano, requiera castigar con rigor a quienes, a cambio de altas sumas de dinero, se prestan para entrar al territorio nacional a cumplir esos designios, razonamientos que impiden acoger la pretensión que el acusado DMR, amparada en el ordinal sexto del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal.

apartadas de los grandes centros poblacionales, a las que generalmente no acuden los profesionales de sus propios países. Esta medida se considera como una ampliación de la Ley de Ajuste Cubano.

De nuevo el denominado “robo de cerebros”, tantas veces aplicado contra la revolución cubana, que en 1959 dejó al país con el 50% de los médicos, ampliado ahora a Venezuela, Bolivia, Nicaragua, y otros países donde nuestros profesionales de la salud brindan su colaboración.

Estamos ante un programa bien estructurado para promover la deserción de los cooperantes médicos cubanos que es coordinado desde el año 2006, por Departamento de Estado y el Departamento de Seguridad Nacional de los Estados Unidos, que tal como se puede leer en su página *web*, ofrece tratamiento especial de las embajadas norteamericanas en cualquier país del mundo y una vía rápida para entrar a Estados Unidos, a profesionales médicos y de enfermería, fisioterapeutas, técnicos de laboratorio y entrenadores deportivos integrados en las misiones médicas cubanas (Manzaneda, 2011)²¹.

1.7. La reforma migratoria de 2012

En octubre de 2012 el Gobierno cubano dio otra muestra de buena voluntad en la política migratoria al realizarle importantes modificaciones a la “Ley de Migración” (Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012), con lo que se ha actualizado la política migratoria de Cuba, que a lo largo de todos estos años de Revolución, se ha basado en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a viajar, a emigrar o residir en el extranjero y en la voluntad de favorecer las relaciones entre la nación y su emigración.

Al mismo tiempo se ha fundamentado en el legítimo derecho a defendernos frente a la agresividad de Washington. Las disposiciones para regular los flujos migratorios del país, fueron

²¹ Un verdadero escándalo moral sobre el que los grandes medios de comunicación prefieren no informar. Mencionar este asunto tan lamentable les obligaría a citar datos sobre la gigantesca labor solidaria de Cuba en el campo médico. Por ejemplo: que este país tiene más de 37.000 cooperantes de la salud en 77 naciones pobres, que lleva el 45% de los programas de cooperación Sur-Sur en América Latina; o que asumió el 40% de la atención contra el cólera en Haití; que ha operado de la vista, gratuitamente, a un millón y medio de personas sin recursos; o que ha concedido becas a casi 4.000 estudiantes de medicina procedentes de 23 países, incluidos algunos de los Estados Unidos.

adoptadas en medio de circunstancias impuestas por las agresiones que en esta esfera se han implementado por las diferentes administraciones norteamericanas, con el estímulo de sus aliados en Miami (Editorial Granma, 2012)²².

1.8. A manera de resumen

Como en la mayoría de los países emisores de nuestra región, los cubanos emigran por causas económicas, razones familiares y otras motivaciones personales, asociadas a factores histórico-culturales, vinculados a la tradición migratoria cubana que está en la raíz misma de la conformación de nuestra nación (Nacionales Granma, 2013)²³.

En el estudio realizado se evidencia que no todas las salidas desde Cuba, con destino fundamental hacia los Estados Unidos, han sido por vías irregulares, pero en todos los casos ha estado presente, en mayor o menor medida, la política hostil del Gobierno de los Estados Unidos de estimular la inmigración ilegal y dificultar las vías legales y ordenadas, lo que también ha contribuido en los últimos años a alentar a los grupos vinculados a la delincuencia organizada a involucrarse en las operaciones de tráfico de personas desde nuestro país.

La poca voluntad demostrada por el Gobierno de los Estados Unidos para resolver con carácter definitivo el conflicto migratorio existente con

²² Más adelante en el referido editorial se destaca que: en la despedida a su Santidad Benedicto XVI, el 28 de marzo pasado, el Presidente Cubano expresó: “Reconocemos la contribución patriótica de la emigración cubana, desde el aporte decisivo a nuestra independencia de los tabaqueros de Tampa y Cayo Hueso y todos los que fueron sostén de los anhelos de José Martí, hasta los que se oponen hoy a quienes atacan a Cuba y manipulan el tema migratorio con fines políticos. Hemos realizado prolongados esfuerzos hacia la normalización plena de las relaciones de Cuba con su emigración que siente amor por la Patria y por sus familias y persistiremos en ello por la voluntad común de nuestra Nación”.

²³ Se señala que... “las causas de la migración, con excepción de la primera oleada de emigrantes comprometida con el régimen de Batista y los intereses del Gobierno de Estados Unidos, son las mismas que impulsan la movilidad transfronteriza de millones de personas en todo el mundo. Están asociadas a los enormes desafíos que enfrenta la humanidad, derivados de la polarización de la riqueza que ha profundizado la brecha entre los países del llamado Sur geopolítico y aquellos que concentran los mayores recursos, el acceso privilegiado a la información, el conocimiento y la tecnología, como resultado del saqueo sistemático y acumulativo de las riquezas naturales y humanas de los países que hoy son los principales emisores de migración internacional. Esas causas, en el mundo globalizado de hoy, no respetan fronteras”.

nuestro país y la creciente participación de grupos de la delincuencia organizada, en las operaciones de tráfico de personas desde Cuba, con destino directo al territorio norteamericano (utilizando a México y otros países del área, como territorios de tránsito), evidencian la necesidad que tenemos de contar con instrumentos jurídicos modernos y eficaces, en sede penal y también en lo administrativo.

En el enfrentamiento al tráfico de seres humanos y otros delitos relacionados, corresponde aplicar una política penal coherente y racional, que al propio tiempo que ofrezca las garantías penales y procesales previstas en nuestro ordenamiento jurídico, evite la impunidad y también la excesiva utilización del derecho penal, cuando resulte posible enfrentarlos con otros medios.

2. EL TRÁFICO DE PERSONAS DESDE LA VISIÓN DE LOS PRINCIPIOS LIMITATIVOS AL DERECHO DE CASTIGAR. LA INTERVENCIÓN MÍNIMA

El Derecho penal se fundamenta en la necesaria tutela de los bienes jurídicos como juicio de valor que cada ordenamiento protege y tiene, en la pena, el mecanismo oportuno y adecuado como consecuencia jurídica de posible aplicación para aquel que ha infringido las normas establecidas.

Las perspectivas para la determinación de la pena cada día son más controvertidas, porque la misma supone una afectación en los bienes individuales del infractor y sus fines han sido objeto de las más diversas concepciones, sin embargo, en la base de toda esta polémica, se presenta como primer plano formal de discusión, la legitimidad del órgano encargado de definir y aplicar las penas.

El derecho de castigar del Estado o *ius puniendi*, como doctrinalmente se le conoce, es la facultad que se le ha otorgado al Estado para imponer una pena o una medida de seguridad. Ha adquirido rango constitucional y supranacional, cuya problemática en la actualidad, atraviesa por la necesaria materialización de ese derecho, sin vulnerar los derechos que también ha adquirido el hombre y que le colocan en una situación, en la cual, puede exigir los mismos y limitar el poder del Estado.

Para ello la doctrina ha estructurado un conjunto de principios, denominados limitativos, al derecho de castigar, mediante los cuales se logra introducir una “barrera”, ante las posibles arbitrariedades del Estado.

La facultad del Estado de crear normas penales y de aplicarlas a los comisores de delitos, denominada potestad punitiva o *ius puniendi*, se legitima en la necesidad de garantizarle a los ciudadanos el disfrute de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, que constituye una atribución que es inherente al propio poder estatal, para el mantenimiento de la convivencia pacífica y organizada.

Para asegurar que este proceso no se traduzca en la vulneración de los derechos de los ciudadanos, se enarbolan principios como el de legalidad, intervención mínima, culpabilidad, humanidad, proporcionalidad, igualdad, resocialización y otros que se erigen como escudos protectores del individuo.

Le corresponde a las constituciones nacionales de los Estados precisar los valores fundamentales de cada sociedad y a las normas de desarrollo, así como a otras leyes del ordenamiento jurídico, determinar, por una parte, los derechos que van a recibir protección del Derecho penal y, por la otra, el sistema de principios reguladores del actuar de los legisladores en su labor de instituir delitos y penas, y de los jueces y tribunales a la hora de aplicarlas a quienes los cometen.

La potestad estatal de castigar se materializa en dos sentidos: primero en la posibilidad de legislar que se encarga a los parlamentos, mediante la cual se traduce la voluntad del Estado de recoger en tipos penales aquellas conductas más intolerables que recaen sobre bienes jurídicos relevantes, que resultan imprescindibles proteger con mayor severidad, dibujándose en la ley penal, el tipo y la pena tipo y de ahí, entonces, se deriva su segundo sentido, encargar ésta aplicación al órgano jurisdiccional.

Es precisamente a partir de la concepción del Estado de Derecho, que se justifica la aplicación del Derecho penal, en la medida que resulte imprescindible para proteger los derechos de todos, a partir del hecho de que su propia aplicación supone una restricción de los derechos de las personas. Al respecto (Muñoz Conde &

García Arán, Derecho Penal. Parte General., 2007), afirman que: “La legitimidad del Derecho penal o poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la propia Constitución (art. 10.2) que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio” (pág. 78)²⁴.

Junto a la indiscutible legitimidad, que tiene el Estado para instituir delitos y penas y en consecuencia aplicar sanciones penales a los que cometan delitos, también se legitiman los principios, denominados limitativos del derecho de castigar, que como el de legalidad de los delitos y las penas, intervención mínima, proporcionalidad de las penas, resocialización, humanidad y otros de tipo sustantivo y procesal, que han llegado a tener rango constitucional entre los derechos y libertades fundamentales y en su conjunto se erigen como escudos protectores del individuo frente al actuar del Estado, que van a configurar un Derecho penal garantista y respetuoso de la libertad y dignidad humanas²⁵.

Esta estrecha vinculación entre la definición de los valores fundamentales que el Estado tiene el deber constitucional de proteger a través del Derecho penal, ha llevado a algunos autores a definir al Derecho penal, “como aquella parte del Derecho constitucional que se encarga de tutelar los valores fundamentales definidos en la Constitución” (Mateu, 1999).

Los fundamentos de lo que hoy conocemos como el principio de intervención mínima, los podemos encontrar en las luchas contra los poderes ilimitados que se concentraban en manos de los monarcas, en la segunda mitad del siglo XVIII, los cuales dieron origen a la doctrina política del liberalismo, caracterizada por importantes reivindicaciones sociales, en el

ámbito personal, religioso y económico, que en relación con el Derecho penal se materializaron en la lucha contra las leyes penales rígidas y la severidad de las penas.

La mayor expresión de los ideales del liberalismo en el Derecho penal fue César Bonesana, Márquez de Beccaria, quien con su “Tratado de los delitos y las penas”²⁶ (Cabanellas de Torres, 1993, pág. 27), lanza los fundamentos de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo, que sustentaron las proposiciones doctrinales presentadas más tarde, y que llegan hasta nuestros días (Asúa Batarrita, 1990, págs. 9-10).

El sistema presentado por Beccaria está constituido básicamente por un elenco de garantías que limitan la intervención punitiva del Estado, que era el reclamo de la sociedad de la época, o sea, limitar el poder del soberano a través de la libertad e igualdad del ciudadano, lo que responde a una nueva perspectiva, basada en la valorización de la persona, con afirmación del principio de la dignidad humana, donde ésta ya no es vista como cosa, sino asegurando su libertad e igualdad (Milanese, 2013).

Según este principio, denominado, a partir de Muñoz Conde “principio de intervención mínima”, el Derecho penal ha de ser la “última ratio”, el último recurso al que hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar estos. Incluso, aunque haya que proteger bienes jurídicos donde basten los medios del Derecho civil, del Derecho público o incluso medios extrajurídicos, ha de retraerse el Derecho penal, pues su intervención - con la dureza de sus medios - sería innecesaria y, por tanto, injustificable. También debe haber subsidiariedad dentro de las propias sanciones penales, no imponiendo sanciones graves si basta con otras menos duras (Luzón Peña, 1996, pág. 82).

En estrecha conexión con tal principio está el llamado «carácter fragmentario del derecho

²⁴ El artículo 10.2 mencionado se refiere a la Constitución española del año 1978.

²⁵ Al respecto, valorar la postura de González Quintanilla, (1999, pág. 19) donde afirma que “El Derecho penal protege los más preciosos bienes (valores), constituyendo por tal motivo, la fórmula drástica para que el Estado pueda ejercer materialmente la conminación y coercibilidad cuando se transgrede la salvaguarda de dichos valores, en aras del bien común para una buena convivencia social, por supuesto, también sirve para ser utilizado en aspectos ajenos totalmente a tal finalidad, ya que, este instrumento en manos de la autoridad, lamentablemente puede ser usado para diversos logros”.

²⁶ *Dei Delitti e delle Pene* fue publicado por vez primera en 1764, cuando César Bonesana contaba con 26 años de edad. La primera edición apareció en forma anónima, en Livorno, y fue publicada por el editor Coltellini.

penal», según el cual el Derecho penal no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes (...) (Luzón Peña, 1996, pág. 83).

De acuerdo con Luzón Peña (1996), corresponden a otras ramas del Derecho los ataques menos graves, “de ahí que se diga que el Derecho penal tiene carácter «subsidiario» frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico”(pág.83)

Muñoz Conde y García Arán destacan el hecho de que al Derecho penal, en el contexto del ordenamiento jurídico, le corresponde la tarea más ingrata:

La de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y, en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario del resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de «última ratio»; es decir, cuando el ataque no sea tan grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas la aplicables. (2007, pág. 79).

La presencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal constituye un presupuesto para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas, pero en consecuencia con el principio de subsidiariedad, se exige además que la intervención del Derecho penal, resulte necesaria, que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas. Se habla así del principio de intervención mínima, que debe entenderse en un doble sentido: el de castigar tan sólo aquellos hechos que necesiten ser penados, y al mismo tiempo, cuando resulte necesaria la intervención del Derecho penal, se deben preferir las penas, que sin dejar de ser adecuadas y eficaces, resulten menos onerosas.

Al referirse a la vigencia del principio de subsidiariedad Jakobs (1995), afirma que:

Se suelen considerar legítimas las normas jurídico-penales sólo cuando su función no

la pueden asumir otros instrumentos de regulación del contrato social, sea mediante disuasión policial o asistencia jurídico-pública o responsabilidad civil o autoprotección de la víctima, así como mediante instituciones de control social u otras (...) (pág. 60).

Y añade que: *“el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas”* (pág. 61).

La aplicación consecuente del principio de intervención mínima, como tendencia general, debe conducir a la reducción del sistema penal, lo que no significa que en determinadas circunstancias en que aparezcan nuevas áreas que requieran de la intervención punitiva del Estado no se tipifiquen otras figuras delictivas o se agraven las penas previstas para determinados delitos, como ocurrió en España con la introducción de elementos de los denominados delitos informáticos²⁷ y en Cuba con la agravación de las sanciones para los delitos relacionados con el tráfico de drogas²⁸. *“De lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva, o lo que es lo mismo, que esta se lleve a cabo cuando sea absolutamente necesaria para la protección de los ciudadanos”* (Mir Puig, 1994, págs. 151-152).

Roxin (1998, págs. 49-50), valora la despenalización en un doble sentido, por la vía del no castigo en un Estado de Derecho de una conducta que atentase sólo contra la moral, la religión o que condujere exclusivamente a la auto puesta en peligro, en la cual puede producirse una anulación sin sustitución de aquellos preceptos penales que no son necesarios para el mantenimiento de la paz social, pues entre las funciones que se le asignan al Derecho penal, no se encuentra la inhibición de semejantes formas de conducta, sino que éste debe impedir el perjuicio

27 La Ley Orgánica 15/2003, de 23 de noviembre, modifica, entre otros, los artículo 248, inciso 3, 270, inciso 3 y el 286, inciso 1 del Código Penal.

28 La Ley No. 87 (Gaceta Oficial de la República de Cuba, 1999) en su artículo 10 incrementó los límites de las sanción de los delitos de tráfico de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares, para los casos más graves, vinculados al tráfico internacional, o cuando los hechos se cometen por funcionarios públicos, autoridades o sus agentes o con la participación de menores de 16 años de edad.

ajeno y tutelar las condiciones de la existencia social. Y a través del principio de subsidiariedad se abre una segunda vía en el ámbito de la despenalización, que significa que sólo debería conminarse bajo sanción penal una conducta socialmente lesiva, allí donde la superación de la perturbación social no se puede alcanzar con otros medios extra-penales de menor injerencia, como ocurre con las sanciones administrativas del orden público que, por regla general, en la actualidad son sancionables con simples multas.

Para Morillas Cuevas los constantes avances y retrocesos que se producen en la tarea de consolidar una política penal, en la que sin dejar de proteger los bienes jurídicos, prevalezca la tendencia reduccionista en la aplicación del Derecho penal, por diversas razones generalmente mediáticas y al servicio de los intereses de las nuevas fórmulas del mercado, continua siendo una aspiración de numerosos tratadistas, que ven con preocupación la tendencia imperante en muchos países²⁹ a una criminalización excesiva

de determinadas conductas y a un irreflexivo aumento de las consecuencias jurídicas derivadas del delito (2004, pág. 110).

Al respecto Morillas Cuevas, coincide con Silva Sánchez, en destacar cómo se constata:

La existencia de una tendencia claramente dominante hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los existentes, que puede enclavarse en el marco general de la restricción o la reinterpretación de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho procesal penal; creación de nuevos bienes jurídicos-penales, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía que proyectan una clara tendencia hacia un desorbitado expansionismo que se manifiesta en diversos niveles de preocupación garantista y científica. (Morillas Cuevas, 2005).

El profesor Zaffaroni ha expresado que:

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la humanidad acumulada en casi un milenio, en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos, en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó

29 A modo de ejemplo, en la legislación española, la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que establece medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que, introduce negativos criterios retribucionistas, que se distancian de los fines de resocialización de las penas, con el argumento, expresado en la exposición de motivos de la Ley, de perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, se continua señalando en la exposición de motivos, que el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento. Un ejemplo claro de cómo se relativizan los principios y garantías, en correspondencia con la filosofía del denominado Derecho penal del enemigo, es el siguiente párrafo de la exposición de motivos de la Ley Orgánica No. 7/2003: "La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto". Que se adopten medidas de mayor severidad con los terroristas, cuenta con un alto grado de aceptación, pero la cuestión se complica cuando se le añaden "los más graves delincuentes" y las medidas se van extendiendo a una categoría no muy precisa de personas sancionadas a privación de libertad, con una tendencia al incremento de las categorías a incluir, como es el caso de las bandas organizadas, pues precisamente la tendencia actual de la criminalidad es al desarrollo de este tipo de asociaciones delictivas. Recientemente, la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio (BOE Núm. 152. Miércoles 23 de junio de 2010 Sec. I. Pág. 54811), por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal Español, ha incrementado

las penas de varios delitos y ha creado la muy discutida medida de seguridad de libertad vigilada, que se impone en la sentencia junto a la pena privativa de libertad, para que sea ejecutada con posterioridad a su cumplimiento, con una duración de hasta diez años.

Solo a modo de ejemplo podemos señalar lo regulado en el artículo 379 inciso 1 del CPE, tal y como quedo modificado por la referida Ley Orgánica, de 22 de junio de 2010, que sanciona con penas de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, al que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la forma en que quedo redactado el artículo 384, que prevé penas de prisión de tres a seis meses o de multa de doce a veinticuatro meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, para los que condujeren un vehículo de motor o ciclomotor, en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente y también al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

más muertes y dolor que las propias guerras. (Zaffaroni E., 2007).

El surgimiento de nuevas y complejas formas de criminalidad en los últimos tiempos, y especialmente las relacionadas con la denominada criminalidad organizada, justifica que junto al proceso de discriminación de determinadas conductas de escasa peligrosidad social, exista en la actualidad una tendencia a criminalizar otras, como el blanqueo de dinero, el tráfico de drogas, la corrupción, la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, que han sido recogidos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y sus dos Protocolos (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004)³⁰. Se trata de conductas que por el perfeccionamiento del modo de actuar de sus comisores, en la era de la globalización, requieren de frecuentes modificaciones de los tipos penales y en ocasiones de un mayor rigor en el sistema de sanciones y de una especial dedicación de la comunidad internacional y de los Estados nacionales.

En relación con el tráfico y la trata de personas, se destaca el hecho de que aunque se trate de conductas que han existido en diferentes épocas con determinadas características, lo cierto es que el incremento de las desigualdades entre el norte, desarrollado, y el sur, empobrecido, ha alterado la composición, fluidez e intensidad de las migraciones y ha modificado su distribución geográfica, con la participación creciente de redes criminales.

30 Entre el 12 y el 15 de diciembre de 2000 se celebró en Palermo, Italia, una Conferencia política de alto nivel, que concluyó con la firma de la Convención. En el primer párrafo del Prefacio, se afirma: "En diciembre de 2000, al suscribir en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Comunidad internacional demostró la voluntad política de abordar un problema mundial con una reacción mundial. Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos y vencer la delincuencia, la corrupción y la trata de personas". Conjuntamente con la Convención se abrieron a la firma dos protocolos complementarios, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

La inclusión del delito de tráfico de personas en las leyes penales, se fundamenta en la existencia de un bien jurídico merecedor de tutela penal que, en este caso, lo constituye a nuestro juicio, el normal tráfico migratorio y la protección de los derechos de las víctimas del tráfico, presupuestos necesarios para legitimar la facultad del Estado de instituir delitos y penas. En consecuencia, con el principio de intervención mínima se exige, además, que la intervención del Derecho penal resulte necesaria y que se hayan agotado todas las posibilidades de buscar otras soluciones menos lesivas, lo cual se materializa en la práctica internacional de criminalizar a los traficantes y proteger, en lugar de penar, a los traficados, quienes son las víctimas.

En los últimos años se ha desarrollado un proceso creciente de elevación de las penas de prisión, la pobreza o el desarraigo social hacen que los delincuentes eviten por todos los medios ingresar en prisión; aún a costa de eliminar los testigos. Los delitos son cada vez más violentos, innecesariamente violentos, salvo para evitar identificaciones posteriores y destruir pruebas³¹ como consecuencia de una política de castigo penitenciario desmesurado, incluso para delitos mínimos. Esto tiene como resultado una ampliación de la violencia en la sociedad y la aparición de una delincuencia ultraviolenta, que se traduce en un mayor hacinamiento carcelario y más presión sobre los gobiernos desde la empresa privada y la sociedad, para buscar soluciones, que no siempre corresponden con una estrategia de enfrentamiento a las bandas criminales científicamente elaborada y coherente con la realidad social.

La realidad de la vigencia del principio de intervención mínima en nuestros días se ha visto cuestionada, también, con la creciente protección de bienes jurídicos que antes no formaban parte del ámbito del Derecho penal, como el medio ambiente, para los que ahora se alzan, cada vez con mayor fuerza, voces reclamando por su tutela en la esfera de lo penal. Son bienes jurídicos supraindividuales o macrosociales y no individuales, y su protección se refiere no sólo a

31 Frecuentemente se denuncian casos de traficantes de personas que ante el peligro de ser abordados en alta mar lanzan por la borda a los traficados, para eliminar las pruebas en su contra, utilizando los mismos métodos de los traficantes de esclavos de los siglos XVII y XIX, cuando la flota inglesa abordaba los navíos que se dedicaban a la trata negrera.

una afectación o un peligro concreto de lesión de estos bienes jurídicos, sino también a un peligro abstracto (Hassemer, 1993, pág. 640)³².

Frente a las transformaciones ocurridas en las diversas esferas de la vida social, se afirma que el Derecho penal clásico no posee elementos suficientes para el enfrentamiento de los problemas derivados de ellas. De acuerdo con Muñoz Conde, ese Derecho penal “carece de información suficiente sobre el efecto preventivo de sus disposiciones, exige una imputación del injusto a personas físicas individuales y requiere una prueba precisa de la relación causal entre la acción y los daños” (Muñoz Conde, 2000, pág. 48).

Esa presunta insuficiencia, provoca el surgimiento de un Derecho penal moderno, con características propias, actuando en sectores distintos que el Derecho penal clásico, con otros instrumentos y produciendo cambios en sus funciones, generando problemas de gran relevancia, que atentan directamente contra los fundamentos del Estado Social y Democrático de Derecho (Milanese, 2013, pág. 18).

Las crecientes exigencias de aplicar una mayor severidad penal a partir de diferentes posiciones, para responder a las aparentes demandas de la sociedad, que generalmente son alentadas por los medios de comunicación, que responden a determinados sectores de la opinión pública, provoca que cuando el legislador sustenta su política criminal en semejantes reivindicaciones,

se corre el riesgo de incorporar al ordenamiento respuestas penalizadas a problemas falsos, en la medida en que el énfasis punitivista se alimenta de las noticias que aparecen en dichos medios de comunicación de masas, para los cuales, ni todos los sucesos se convierten en noticias, ni todas las que se convierten en tales, tienen la repercusión necesaria para crear «alarma»; en la sociedad. (Alcalá Sánchez, 2010, pág. 18).

De esta forma la técnica de legislar sobre la base de los resultados de los estudios criminológicos y de las investigaciones científicas, se sustituye por las campañas publicitarias, que no contribuyen al necesario equilibrio que debe existir entre la utilización del poder punitivo por

parte del Estado y la aplicación de los principios de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas.

Es precisamente en este contexto, en el que ha ido cobrando fuerza la teoría del derecho penal del enemigo, que postula “despersonalizar” a los enemigos y, por ende, no someterlos a las penas medidas conforme a la culpabilidad, sino “contenerlos” para neutralizar su peligro. No es más que la reiteración de “las medidas de seguridad” para los multirreincidentes, habituales, etc, o sea penas sin culpabilidad (Zaffaroni E. R., 2010, pág. 32).

Las principales características del derecho penal del enemigo las podemos resumir en la construcción de tipos penales que suponen un adelantamiento al momento de la comisión del hecho delictivo, el retorno a las penas sin culpabilidad, el argumento de la necesidad de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente al enemigo, penas desproporcionadas, recorte de las garantías procesales para determinados tipos de delincuentes y de delitos, y una disminución y transformación de las instituciones dogmáticas. A tales fines, la utilización de leyes excepcionales o de emergencia, ha venido a alterar las fuentes de legitimación de un Derecho penal propio del Estado de Derecho.

Coincidimos con Milanese (2013, pág. 12) en que en el denominado Derecho penal moderno existe la evidente quiebra del principio de intervención mínima, lo que es inadmisibles en el Estado de Derecho, así que, o se elimina una parte (o incluso la totalidad) de esa modernidad, o se corre el riesgo transformar el Derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.

Por más que el Derecho penal clásico necesite de transformaciones, a fin de atender las nuevas necesidades sociales, el núcleo de esos cambios no puede representar, de manera alguna, la infracción de los principios fundamentales que sustentan los requerimientos básicos de convivencia de los seres humanos.

Otros principios limitativos del derecho de castigar, como la proporcionalidad, resocialización y humanidad de las penas, entre otros, también tiene su incidencia en tratamiento del tráfico

³² Traducción al castellano por Francisco Muñoz Conde.

de personas y la situación de las víctimas, pero su análisis detallado será objeto de otra investigación.

3. LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL TRÁFICO Y LA TRATA DE PERSONAS

Durante el siglo XX, La Convención sobre la Esclavitud (Trejo, 2006, pág. 3), de la Sociedad de Naciones en 1926, aprobada y asumida en 1953 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los estados signatarios se comprometían a prevenir y reprimir la trata de esclavos y a procurar la supresión de la esclavitud en todas sus formas. En 1949, la misma Asamblea General aprobó el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (Trejo, 2006, pág. 10), consolidando otros acuerdos internacionales que databan de 1904. Los Estados parte se comprometían a: prevenir la prostitución, rehabilitar a las prostitutas, reprimir a la trata de personas de ambos sexos con fines de prostitución y a suprimir las leyes, reglamentos, registros especiales y otras disposiciones impuestas a las personas que practican, o presuntamente practican, la prostitución (Espinoza Berrocal, 2005, pág. 3).

En 1956, durante una Conferencia de ONU, se aprueba la Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud, en la que se amplía la definición de esclavitud, contenida en la Convención de 1926, para incluir la servidumbre por deudas, formas serviles de matrimonio y la explotación de niños y adolescentes.

Numerosos Instrumentos Jurídicos Internacionales del denominado sistema de las Naciones Unidas, y de otros fórum internacionales o regionales, contienen regulaciones sobre el tráfico y la trata de personas y especialmente sobre los derechos de las víctimas de estas conductas, entre los que solo a manera de ejemplo podemos mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967; el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que ha sido considerado

como el texto básico que sobre esta cuestión se ha adoptado a nivel internacional (Rivero, 2001); la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y otros muchos³³.

3.1. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005), adoptada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General, mediante Resolución 45/1585, constituye uno de los instrumentos fundamentales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. Sin embargo, la gran mayoría de los países desarrollados receptores no la han ratificado. Esta circunstancia no impide que los derechos fundamentales que hayan sido violados no sean denunciados por el migrante o por el funcionario que conozca de tales violaciones, en el marco de la normativa antes señalada.

La protección de los trabajadores migratorios y de sus familiares, constituyen el contenido esencial de esta Convención; que establece normas éticas y sirve como guía y estímulo para la promoción de los derechos de los migrantes en cada país. No se trata de crear nuevos derechos para los migrantes, sino de garantizarles el trato igualitario y las mismas condiciones laborales para migrantes y nacionales (Medina Cuenca & Goite Pierre, 2011).

La Convención es aplicable en todo el proceso de migración, desde la preparación, la salida, el tránsito, el período de estancia, la realización de una actividad remunerada en el Estado receptor y el retorno a su país de origen. Este amplio enfoque del instrumento coadyuva a que la protección

³³ Además el Protocolo para modificar la Convención sobre la esclavitud, 182 U.N.T.S. 51, que entró en vigor el 7 de diciembre de 1953; la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 226 U.N.T.S. 3, que entró en vigor 30 de abril de 1957; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, entre otras.

del migrante se realice de manera integral y no solamente en el país receptor. Por ende, el Estado emisor de migrantes tiene la obligación de cumplir con sus mandatos y prevenir y erradicar, desde el ámbito local, la migración irregular³⁴ y el tráfico de seres humanos.

Esta Convención no distingue entre personas documentadas e indocumentadas para ejercer los derechos que en ella están consagrados y, por tanto, reconoce y asegura los derechos humanos fundamentales de los migrantes y sus familiares como: la vida, la seguridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre y de la tortura, la libertad de opinión, de pensamiento, de conciencia y de religión, la prohibición de ser sometidos a detención arbitraria, el derecho al cumplimiento de normas del debido proceso en caso de detención por causas de investigación penal y el de acudir a los tribunales y cortes de justicia en igualdad de condiciones que los nacionales.

Otros temas de particular trascendencia para los derechos de los trabajadores migrantes, que se incluyen en el texto de la Convención, son la prohibición de confiscar o destruir documentos de identidad como pasaportes, autorizaciones de entrada o permisos de trabajo, el acceso a consulados y representaciones diplomáticas, la prohibición de la expulsión colectiva al referir en el artículo 22, que todo Estado tiene la obligación de tramitar, de acuerdo a su legislación migratoria, la deportación o entrada de migrantes, examinándolos caso por caso.

Se reconoce, también, la igualdad de derechos en cuanto a remuneración y empleo, el derecho a la sindicalización, salud y atención médica, unido al derecho a mantener contacto con su país de origen. Esto implica: asegurar que los migrantes

puedan regresar a su país de origen si así lo desean, permitirles efectuar visitas ocasionales e incitarlos a mantener lazos culturales, garantizar la participación política de los migrantes en el país de origen y asegurar el derecho de los migrantes a transferir sus ingresos a su país de origen.

El contenido de la Convención, ha sido objeto de análisis durante los debates del Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo que tuvo lugar en Nueva York, los días 3 y 4 de octubre de 2013, auspiciado por la Organización de las Naciones Unidas, en cuya etapa de preparación el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, Guy Ryder, ha señalado que la mayoría de los migrantes no dejan su país de origen por elección sino por necesidad. La falta de oportunidades de empleos decentes e ingresos dignos es por lo general lo que impulsa a las personas a migrar, como se ha precisado *supra*. Lamentablemente, con demasiada frecuencia esta travesía se emprende en condiciones desesperadas y peligrosas; y cuando llegan a su nuevo destino, o hasta cuando regresan a su país de origen, son vulnerables a la discriminación. (2013, pág. 1)

Las mujeres, los trabajadores jóvenes y las personas poco cualificadas, y en situación irregular, son especialmente vulnerables a la explotación. A los trabajadores migrantes les son negados sus derechos fundamentales en el trabajo, a pesar de su reconocimiento expreso por la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, como: la libertad sindical, la negociación colectiva, la no discriminación y el salario mínimo. También pueden ser víctimas del trabajo forzoso y de la trata de seres humanos. Sin embargo, los trabajadores migrantes desempeñan un papel fundamental en la economía. Compran bienes y servicios, pagan impuestos y establecen pequeñas empresas que crean empleo. Además, envían dinero a sus hogares (más de 400.000 millones de dólares enviados a las economías en desarrollo en 2012) que beneficia a sus familias y comunidades (Ryder, 2013, pág. 2)³⁵.

34 Solicitarle a los Estados emisores de migrantes, que erradiquen la emigración irregular sin ir al fondo del problema, que son los diferentes niveles de desarrollo entre los países, ni colaborar con medidas efectivas que ayuden a disminuir la brecha entre ricos y pobres, con resulta complejo, pero las medidas contra la difusión de información engañosa en lo concerniente a la emigración y la inmigración y las encaminadas a detectar y eliminar los movimientos ilegales o clandestinos de trabajadores migratorios y sus familiares y para imponer sanciones efectivas a las personas, grupos o entidades que organicen o dirijan esos movimientos, establecidas en el artículo 68 de la convención, nos parecen adecuadas y en correspondencia con las necesidades de la prevención general y especial de este flagelo de la humanidad.

35 Un tema al que no hace referencia el Director General de la OIT, en su artículo, es que se trata de una magnífica oportunidad de las Naciones Unidas para impulsar la ratificación de esta importante Convención internacional, que en la segunda mitad del año 2013, con más de diez años de vigencia, continúa siendo uno de los convenios de derechos humanos con menos ratificaciones. Ninguno de los Estados de acogida de migrantes de Europa Occidental la

Del total de 20,9 millones de trabajadores forzosos, estimados en 2012, 18,7 millones, el 90%, son explotados en la economía privada por individuos o empresas. De estos últimos, 4,5 millones, el 22%, son víctimas de explotación sexual forzada, y 14,2 millones, el 68%, son víctimas de explotación laboral forzada en actividades económicas como la agricultura, la construcción, el trabajo doméstico o la manufactura. Los 2,2 millones restantes, el 10%, están sujetos a modalidades de trabajo forzoso impuestas por el Estado, por ejemplo en las prisiones, o en trabajos impuestos por el ejército de un país o por fuerzas armadas rebeldes (Organización Internacional del Trabajo, 2012)³⁶.

Se impone la necesidad de examinar de forma más amplia las distintas dimensiones de la cuestión de las migraciones en la actualidad, que afectan a cientos de millones de personas y a países de origen, tránsito y destino. La Comunidad internacional está en el deber de evaluar, con mayor profundidad, las causas de los movimientos internacionales de población y su compleja interrelación con el desarrollo. También tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para estimular a los Estados a implementar políticas migratorias responsables, en un marco de protección integral de los derechos humanos de los migrantes, centrando la atención en hacer de la migración un factor positivo para el desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza, en correspondencia con las proyecciones de la Comunidad internacional de formular una Agenda Mundial para el Desarrollo después de 2015.

Todo ello en un mundo en el que, aún, un gran número de los encargados de la formulación de políticas, sigue considerando que la migración internacional es más bien una amenaza para la seguridad y la identidad de los países, que una oportunidad para la cooperación y el desarrollo. Es necesario un cambio de mentalidad, que pase a considerar a la migración internacional como una fuerza positiva para el desarrollo, tanto en los países de origen como de destino, siempre y cuando estuviera corroborada por las políticas

ha ratificado, y tampoco lo han hecho: Australia, Canadá, EE. UU., India y Sudáfrica. (Amnistía Internacional, 2013, págs. 17-18).

36 Estas cifras no incluyen los casos de trata con fines de extracción de órganos ni los de matrimonio forzado u adopción forzada, a menos que estas prácticas den lugar a una situación de trabajo o servicio forzoso.

adecuadas (Organización Internacional para las Migraciones, 2013, pág. 181).

3.2. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en el mes de noviembre del 2000, como ya se ha dicho *supra*, adoptó el texto definitivo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de los Protocolos Complementarios contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire y para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

Esta Convención, conocida como la Convención de Palermo, obliga a los Estados Parte a adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos, cuando se cometan internacionalmente, diversas acciones delictivas. Destaca, como parte de su contenido esencial, el propósito de promover la cooperación para prevenir y combatir con mayor eficacia la delincuencia organizada transnacional, también define conceptos tales como el de grupo delictivo organizado, delito grave, delito determinante y otros de indudable trascendencia para la aplicación consecuente de sus preceptos³⁷.

La Convención comienza su articulado proclamando su finalidad: promover la cooperación internacional para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada a nivel internacional, la cual se materializa a través de delitos como la trata y el tráfico de personas, por lo que este tratado es de forma general para estos delitos.

Ante la utilización de diversos métodos (que incluyen desde el uso de medios de transporte aéreos, marítimos y terrestres, así como la realización de trámites migratorios fraudulentos como falsificación de pasaportes, la corrupción de autoridades diplomáticas, consulares, aduanales, policiales y judiciales), el tráfico y la trata de personas se han

37 Artículo 2 de la Convención.

convertido en tema de constante análisis por los principales dirigentes políticos de los Estados y por la Comunidad internacional.

3.2.1. El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes

Este Protocolo fue inspirado en las Resoluciones de Naciones Unidas del 2000, producto del tráfico de personas que existen en el mundo, recordando la Resolución 54/212 de la Asamblea General, del 22 de diciembre de 1999 en la que la Asamblea instó a los Estados miembros³⁸ y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional y el desarrollo a fin de abordar las causas fundamentales de la migración. También fue consecuencia del notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de inmigrantes y otras actividades delictivas conexas que causaban graves perjuicios a los Estados afectados.

El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, es complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, tiene como propósito prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes y promover la cooperación con ese fin entre los Estados Parte, promoviendo a la vez los derechos de los migrantes que son objeto de dicho tráfico.

En el Preámbulo³⁹ se declara que para prevenir y combatir eficazmente el tráfico ilícito de migrantes se requiere un enfoque amplio e internacional, que conlleve la cooperación, el intercambio de información y la adopción de otras medidas apropiadas, incluidas las de índole socioeconómicas, en los planos nacional, regional e internacional; así como la necesidad de garantizarle un trato humano a los migrantes y de proteger plenamente sus derechos humanos. De igual forma se expresa la preocupación de la

³⁸ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013.

³⁹ El Preámbulo, donde se señalan además como antecedentes, la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 22 de diciembre de 1999, en la que la Asamblea instó a los Estados miembros y al sistema de las Naciones Unidas a que fortalecieran la cooperación internacional en la esfera de la migración internacional y el desarrollo, a fin de abordar las causas fundamentales de la migración, especialmente las relacionadas con la pobreza, y de aumentar al máximo los beneficios que la migración internacional podría reportar a los interesados, y alentó a los mecanismos interregionales, regionales y subregionales a que, cuando procediera, se sigueran ocupando de la cuestión de la migración y del desarrollo.

Comunidad internacional por el notable aumento de las actividades de los grupos delictivos organizados en relación con el tráfico ilícito de migrantes y del peligro que significa para la vida y la seguridad de los migrantes involucrados en esta actividad lucrativa de tráfico de seres humanos, que se desarrolla por delincuentes inescrupulosos; quienes por lo general, ante el peligro de ser descubiertos, tratan de deshacerse de su "carga humana", sin el menor escrúpulo, al estilo de sus antecesores en la época colonial, de tan triste recordación en nuestros países.

El artículo uno del Protocolo reafirma el carácter complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y precisa que los delitos previstos en el artículo seis se considerarán delitos tipificados con arreglo a dicha Convención. El dos nos define como finalidad de éste instrumento jurídico internacional, prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico⁴⁰.

En relación con las medidas de prevención y cooperación se regulan las obligaciones de los Estados Parte, en particular los que tengan fronteras comunes o estén situados en las rutas de tráfico ilícito de migrantes. El artículo décimo establece, que los mismos, intercambiarán, de conformidad con sus respectivos ordenamientos jurídicos y administrativos internos, información pertinente en relación con los lugares de embarque y de destino, las rutas, la identidad y los métodos de las organizaciones o los grupos delictivos organizados involucrados o sospechosos de estar vinculados al tráfico ilícito de migrantes, sustracciones de documentos de viaje o de identidad en blanco, los medios y métodos utilizados para ocultar o transportar personas, las experiencias de carácter legislativo⁴¹.

Otras medidas reguladas por el Protocolo⁴², son las referidas al reforzamiento de los controles

⁴⁰ Artículos 1 y 2.

⁴¹ Artículos 10 apartado 1. en el apartado dos se precisa, en relación con estas medidas de prevención y cooperación, que: "el Estado Parte receptor de dicha información dará cumplimiento a toda solicitud del Estado Parte que la haya facilitado en el sentido de imponer restricciones a su utilización".

⁴² Artículos 11 y 12. Este Título fue adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G. O. Ext. No. 1 de 15

fronterizos, la revisión de los documentos de viaje, denegación de entrada o revocatoria de visados a las personas involucradas en la comisión de estos delitos; así como las relacionadas con la calidad y la seguridad de los documentos de identidad y de viajes que se expidan, a los efectos de impedir su falsificación y las encaminadas a impedir la creación, expedición y utilización ilícitas de dichos documentos.

3.2.2. El Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas

Estrechamente relacionado con el tráfico de migrantes se encuentra la trata de personas, como ya se ha explicado *supra*, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas. Es también complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y tiene como finalidad prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, con un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino, que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos; así como de promover la cooperación entre los Estados Parte⁴³ para lograr esos fines⁴⁴.

Este Protocolo es el primer instrumento de Naciones Unidas que tiene en cuenta la demanda de mujeres y niños que están siendo traficados, llamando a los países a adoptar medidas más severas tendientes a desalentar esta demanda que promueve todas las formas de explotación de mujeres y niños/as⁴⁵.

Cuando se trate de niños menores de 18 años, se señala que la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de un niño con fines de explotación se considerará "trata de personas", incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios denunciados en el apartado a) del artículo tres del Protocolo⁴⁶, lo que evidencia una especial protección de los menores de edad.

de marzo de 1999, página 10).

⁴³ Ratificado por Cuba, el 20 de junio de 2013, (MINREX Cuba, 2012).

⁴⁴ El preámbulo del Protocolo y el artículo uno en el que se precisa además que: "los delitos tipificados con arreglo al artículo 5 se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención".

⁴⁵ Artículo 9.5 del Protocolo.

⁴⁶ El apartado a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, al definir la trata de personas,

El artículo 5 indica a los Estados Parte adoptar las medidas legislativas que resulten necesarias para tipificar como delitos en el derecho interno las conductas definidas en el artículo 3 del Protocolo, cuando se cometan internacionalmente⁴⁷, lo que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la misma, la servidumbre y la extracción de órganos. Trece años después de su aprobación numerosos Estados, entre ellos Cuba, no incluyen aun en sus leyes internas a todas las modalidades de la trata de personas definidas en el Protocolo.

La cooperación entre los Estados Parte para prevenir y combatir la trata de seres humanos es regulada por el artículo 10 del Protocolo e incluye medidas tales como el intercambio de información sobre los documentos de viaje, los medios y métodos utilizados por los grupos delictivos organizados para los fines de la trata de personas, incluidos la captación, el transporte, las rutas y los vínculos entre personas y grupos involucrados en dicha trata, así como posibles medidas para detectarlas.

Otro importante componente de la estrategia de la prevención y el combate a la trata de personas lo constituye la capacitación prevista en el apartado 2 del artículo 10, la que estará destinada a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los de inmigración, la que deberá centrarse en los métodos aplicados para prevenir la trata, enjuiciar a los traficantes y proteger los derechos de las víctimas, incluida la protección de las víctimas frente a los traficantes.

3.3. Los aportes de la comunidad internacional en defensa de los derechos humanos de las víctimas del tráfico y la trata de seres humanos

La intensa actividad que se desarrolla desde la Comunidad internacional ha estado encaminada a la protección de los derechos humanos de las víctimas y al enfrentamiento a las actividades del crimen organizado, lo que pone en evidencia la

precisa como elementos de tipicidad, para la configuración del tipo penal la amenaza, o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación.

⁴⁷ Artículo 5 del Protocolo.

necesidad impostergable de combatir el tráfico y la trata de personas con métodos efectivos, que garanticen tanto el enfrentamiento a las bandas criminales, como la protección de las víctimas con la participación de los Estados y de la Comunidad internacional.

Los instrumentos jurídicos que se necesitan existen, las legislaciones nacionales los han ido incorporando, en mayor o en menor medida. Lo que falta es la voluntad política de los gobernantes, quienes no en todos los casos dedican los recursos necesarios para prevenir y combatir este flagelo de la humanidad; con frecuencia los destinados a estos fines son desviados o malgastados. De manera especial lo que más se necesita es la cooperación multilateral, en particular de los Estados más desarrollados, para mitigar los factores que, como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de oportunidades equitativas, existentes en muchos países, hacen a las personas vulnerables al tráfico ilegal de seres humanos y especialmente a las mujeres y los niños⁴⁸.

Resulta también evidente que el compromiso de los Estados de origen y de los receptores de migrantes con la protección de los derechos humanos, de las personas que obligadas por las circunstancias de su situación económica emigran hacia el norte desarrollado, no se encuentra a la altura de las circunstancias, como ha denunciado Amnistía Internacional en su ya mencionado informe sobre el Estado de los Derechos Humanos en el mundo de 2013, donde denuncia que:

Una vez que las personas se han marchado, los Estados de origen afirman que, dado que sus trabajadores migrantes ya no se encuentran en su territorio, no tienen obligaciones para con ellos, a la vez que los Estados de recepción sostienen que, al no ser ciudadanos, carecen de derechos. Mientras tanto, la Convención Internacional de la ONU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada en 1990, sigue siendo uno de los convenios de derechos humanos con menos ratificaciones. Ninguno de los Estados de

acogida de migrantes de Europa Occidental la ha ratificado, y tampoco lo han hecho otros países con gran población migrante, como Australia, Canadá, EE. UU., los países del Golfo, India y Sudáfrica (Amnistía Internacional, 2013, págs. 17-18).

A lo anterior se une el hecho, indiscutible, que el principal compromiso que asumieron los Estados Parte del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, en la lucha contra el tráfico de personas, es, a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del artículo 15, que los compromete a promover o reforzar, según proceda, los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo.

Este es precisamente el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

4. UNA BREVE MIRADA AL DERECHO POSITIVO DE TRES PAÍSES IBEROAMERICANOS

En la legislación española, a partir de la vigencia de la Ley Orgánica No.4 de 11 de enero del año 2000, con la introducción del Título XV bis, denominado “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” se tipificó como delito el tráfico ilegal de personas, que incriminaba como conducta integradora del tipo básico a los que lo promuevan, favorezcan o faciliten, con lo que incluyeron en un solo apartado del artículo 318 bis del Código penal, las tres posibles modalidades de esta tipicidad delictiva; es decir, la salida, la entrada con destino al país y en tránsito hacia un tercer país⁴⁹.

48 Artículo 9, apartado 4 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, de noviembre del 2000; la resolución 54/212 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 22 de diciembre de 1999, y el apartado 3 del artículo 15 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire de noviembre del 2000.

49 El legislador español tanto en la reforma de once de enero de 2000, como en las sucesivas transformaciones de que ha sido objeto el referido artículo 318 bis, ha dejado para una figura agravada del apartado dos el requisito del ánimo de lucro, conjuntamente con el empleo de violencia o intimidación, engaño o abuso de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima; entre otras circunstancias de agravación que se han

Con anterioridad, el Código Penal Español, en su artículo 313, en el título correspondiente a los delitos contra los derechos de los trabajadores, había tipificado como delitos tanto la inmigración como la emigración ilegal de trabajadores.

La Ley Orgánica No. 11/2003, de 29 de septiembre⁵⁰ incorpora al artículo 318 bis del Código Penal Español elementos de dos importantes iniciativas del Consejo de la Unión europea, la Decisión marco de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI) y la Decisión marco de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI).

En relación con el tipo básico del apartado uno del artículo 318 bis, a la conducta típica de promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, se le añade el hecho de que la promoción, facilitación o favorecimiento al tráfico o a la inmigración clandestina⁵¹ puede ser tanto directa como indirecta. Además se incrementa sustancialmente la pena de prisión, que pasa a ser de cuatro a ocho años (Villacampa Estriarte, 2004).

En el apartado segundo se incluye como figura agravada, castigada con una pena de cinco a diez años de prisión, cuando el propósito del tráfico ilegal o de la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas⁵². Por lo tanto se produce una mezcla de del tráfico con la trata de personas, que, por otra parte, deja fuera de la trata los elementos de tipicidad relacionados con la explotación laboral y el tráfico de órganos, lo que pudiera considerarse como una afiliación del legislador español de

2003, a la consideración de que el tráfico es una denominación genérica que comprende tanto la trata de personas (Hairabedian, 2009, pág. 13) (con fines de explotación), como el contrabando de inmigrantes (traspaso ilegal de fronteras con la anuencia del transportado). Esto corresponde con las tendencias de las normas de la Unión Europea de identificar el concepto de tráfico con el de trata; lo que ha tenido muy poca aceptación en la doctrina, debido a que no obstante las semejanzas existentes entre ambas figuras delictivas, las diferencias también resultan significativas.

En 2007, por medio de la Ley Orgánica No. 13/2007 de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas⁵³, se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con el objetivo de declarar competente a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, en varios delitos relacionados fundamentalmente con el ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del año 2000⁵⁴, de la que España es Estado Parte desde febrero de 2002. Entre estos delitos se encuentran el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, cuya modalidad básica fue nuevamente modificada, en el sentido de precisar que el destino del tráfico o la inmigración clandestina, ya no será solo con destino a España, sino también puede ocurrir hacia también a otro país de la Unión Europea⁵⁵.

Finalmente por la reforma operada por la Ley Orgánica No. 5/2010, de 22 de junio⁵⁶, se suprime el contenido del apartado 2 del artículo 318 bis y los antiguos apartados 2,4,5 y 6, son reenumerados como 2,3,4 y 5, manteniendo sin nuevas modificaciones a la figura básica del delito

ido incorporando en sucesivas modificaciones; mientras que en el apartado cinco se agrava la sanción cuando se trate de casos de delincuencia organizada.

⁵⁰ Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

⁵¹ Resulta muy discutible el hecho de que la conducta típica, fuera sustancialmente ampliada con la introducción de la inmigración clandestina, que va más allá de lo que podemos definir racionalmente como tráfico de personas.

⁵² Boletín Oficial del Estado No. 234 de 30 de septiembre de 2003. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Artículo trece, modificativo del 318 bis del Código Penal Español.

⁵³ Boletín Oficial del Estado No. 278 de 20 de noviembre de 2003. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

⁵⁴ Ratificada por el Estado Español mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 29 de septiembre de 2003.

⁵⁵ El artículo segundo, apartado 2, de la Ley Orgánica 13/2007 modifica el apartado uno del artículo 318 bis del Código Penal Español en el sentido indicado.

⁵⁶ Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

prevista en el apartado uno⁵⁷. Se concentran de esta forma en un solo precepto, las conductas relativas al tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas y se ha tipificado de modo específico y separado, en el Título VII bis, de nueva incorporación al Código Penal, la trata de seres humanos⁵⁸.

En el Preámbulo de la referida Ley Orgánica 5/2010, se afirma al respecto:

El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos⁵⁹.

Por otra parte, con la ubicación de ambas figuras delictivas en títulos diferentes del Código Penal Español, se resuelven también los problemas creados por la reforma del 2003, tales como: La no inclusión entre los elementos de tipicidad de la trata de personas, de los casos en que los fines estuvieran relacionados con las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares y con la extracción de los órganos

corporales a las víctimas de la trata. Soluciona también un problema: Al estar tipificada en un Título del Código Penal, cuyo objeto de protección son los derechos de los extranjeros⁶⁰, no era de aplicación cuando la víctima era un nacional; sin tener en cuenta el hecho de que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada. En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios⁶¹.

Otro elemento significativo de la referida reforma penal del 2010, en relación con el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas, resultó la incorporación al apartado cuarto del artículo 318 bis, de un párrafo relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fijando la cuantía de la pena para los casos en que sean responsables de los delitos previstos en el Título XV bis del Código Penal Español⁶².

El Código Penal de El Salvador de 1998, en su artículo 367, tipificó como delito el comercio de personas, en el título XIX, dedicado a los delitos contra la humanidad, lo que evidencia la importancia que el legislador salvadoreño, le ha dado a la necesidad de penalizar estas conductas.

A finales del 2001, mediante el el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001 El Salvador incorporó en su Código Penal el delito de Tráfico ilegal de personas⁶³, sancionado con penas de prisión de 4 a 8 años a la persona que “por sí o por medio de otra u otras, en contravención a la ley, intentare introducir o introduzca extranjeros al territorio nacional, los albergue transporte o guíe, con el propósito de evadir los controles migratorios del país u otros países”⁶⁴...

57 La Ley Orgánica No. 13/2007, de 19 de noviembre, regula la figura básica del delito de tráfico ilegal o de inmigración clandestina de personas, en el apartado dos del artículo segundo, de la forma siguiente:

Artículo 318 bis:

1.- El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

58 La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, incorpora el Título VII bis: “De la trata de seres humanos”, cuya figura básica ha quedado redactada de la forma siguiente:

Artículo 177 bis:

1.- Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.
b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
c) La extracción de sus órganos corporales.

59 Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816.

60 El Título XV bis.

61 Véase el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, pág. 54816, en el Boletín Oficial del Estado No. 152 de 23 de junio de 2010.

62 Véase los artículos 31 y 33.7 del Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, tal y como quedo modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

63 El artículo 367A fue incorporado por el Decreto Legislativo N° 568, del 4 de octubre del 2001, publicado en el Diario Oficial N° 193, Tomo 353, del 12 de octubre del 2001.

64 En los párrafos siguientes del propio artículo 367^a

posteriormente, en el año 2004, se añade la trata de personas⁶⁵. Llama la atención, en sentido positivo, la amplitud de elementos de tipicidad con que se tipificó esta modalidad del tráfico de personas, que incluye la explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, la extracción de órganos, las adopciones fraudulentas y los matrimonios forzados.

Guatemala es también de los países Latinoamericanos que contiene en su Código Penal de 1973, regulaciones sobre el tráfico de migrantes, relacionadas solamente con una de sus manifestaciones más crueles e inhumanas: la trata de personas⁶⁶. Por otra parte los delitos relacionados con el tráfico de personas se regulan por la Ley de Migración⁶⁷ de 1998,

penaliza también las conductas siguientes: Con igual pena, será sancionada la persona que albergue, transporte o guíe a nacionales con el propósito de evadir los controles migratorios del país o de otros países.

En igual sanción incurrirán las personas que con documentación falsa o fraudulenta trataren de hacer o hicieren salir del país a salvadoreños o ciudadanos de cualquier otra nacionalidad; o los que utilizaren documentación auténtica, cuyo titular es otra persona. Si como consecuencia de la comisión de este delito los sujetos pasivos sufren privaciones de libertad en el extranjero, fueren víctimas de delitos de cualquier orden o fallecieren por causas violentas, o de naturaleza culposa, la pena se incrementará en las dos terceras partes.

65 El delito de trata de personas, como quedo regulado en el artículo 367B, fue incorporado al Código Penal de El Salvador por el Decreto Legislativo N° 457 del 7 de octubre del 2004. Reformas al Código Penal, en el Título XIX, Delitos Contra la Humanidad, Capítulo Único, el que quedo redactado de la forma siguiente:

"Art. 367-B.- El que por sí o como miembro de una organización nacional o internacional con el propósito de obtener un beneficio económico reclute, transporte, traslade, acoja o recepte personas, dentro o fuera del territorio nacional, para ejecutar cualquier actividad de explotación sexual, mantenerlas en trabajos o servicios forzados, en prácticas análogas a la esclavitud, o para extracción de órganos, adopciones fraudulentas o celebración de matrimonios forzados, será sancionado con pena de cuatro a ocho años de prisión.

Todo aquel que facilitare, promoviere o favoreciere cualquiera de las actividades anteriores será sancionado con pena de tres a seis años de prisión.

Cuando las acciones descritas se realizaren en locales comerciales o de cualquier naturaleza que requiera permiso de autoridad competente, ésta deberá revocarlo procediendo al cierre inmediato del mismo".

66 Código Penal de Guatemala. Decreto No. 17-73 de 5 de julio de 1973. Códigos Penales de los países de América Latina. Publicación electrónica ya citada.

67 La Ley de Migración de Guatemala fue promulgada el 26 de noviembre de 1998 por el Decreto Número 95-98. En el Título X: De los delitos y las faltas. Capítulo I, tipifica los delitos siguientes: Artículo 103. Comete el delito de ingreso ilegal de personas, quien promueva o facilite el ingreso al país de una o más personas extranjeras sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años incommutables.

En correspondencia con las obligaciones contraídas con la comunidad internacional, en su condición de Estado parte⁶⁸ de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional desde el año 2006, Guatemala cuenta con una Ley contra la Delincuencia Organizada⁶⁹. En su segundo considerando destaca la necesidad de crear un instrumento legal para perseguir, procesar y erradicar la delincuencia organizada y, en el tercero, ratifica el compromiso del Estado guatemalteco de adoptar medidas legislativas para combatir la delincuencia organizada, estableciendo métodos especiales de investigación.

Artículo 104. Comete el delito de tránsito ilegal de personas: quien promueva o facilite el ingreso y tránsito de una o más personas sin cumplir con los requisitos legales de ingreso y permanencia en el país, con el fin de trasladarlas con destino a otro país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 5 a 8 años incommutables.

Artículo 105. Comete el delito de transporte de ilegales, la persona que conduzca o ponga a disposición, cualquier medio de transporte con el fin de transportar a personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan en forma ilegal dentro del territorio guatemalteco. El responsable de este delito será sancionado con prisión de 3 a 6 años.

Artículo 106. Comete el delito de ocultación de ilegales, la persona que permita la ocultación de personas extranjeras que hayan ingresado o permanezcan dentro del territorio guatemalteco, sin cumplir con los requisitos legales, en cualquier bien mueble o inmueble, con el fin de ocultarlo en su tránsito a otro país o para facilitarle su permanencia en el mismo. El responsable de este delito será sancionado con prisión de tres a seis años.

Artículo 107. Comete el delito de contratación de ilegales, la persona individual o jurídica que contrate los servicios de extranjeros que permanezcan en el país sin cumplir con los requisitos legales por no contar con la documentación requerida por la Dirección General de Migración para su permanencia en el país. El responsable de este delito será sancionado con prisión de dos a cinco años.

Artículo 108. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores comprendidos en este título, se realicen respecto de menores de edad, en condiciones o por medios que pongan en peligro la salud, la integridad o la vida de las personas, o bien cuando sean cometidas por funcionario o empleado público, la pena será aumentada en una tercera parte.

68 El Estado de Guatemala, suscribió la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el 12 de diciembre de 2000 y la aprobó mediante el Decreto Número 36 de 2003.

69 Decreto Número 21 - 2006. Ley contra la delincuencia organizada y su reforma. Decreto No. 17 de 2009. Impreso por Librería Jurídica. 2009. En el Capítulo Primero, Artículo 1, sobre el objeto y naturaleza de la Ley, precisa que: "La presente Ley tiene por objeto establecer las conductas delictivas atribuibles a los integrantes y/o participantes de las organizaciones criminales, el establecimiento y regulación de los métodos especiales de investigación y persecución penal así como todas aquellas medidas con el fin de prevenir, combatir, desarticular y erradicar la delincuencia organizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, y leyes ordinarias".

En relación con el tráfico de personas considera como grupo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer diferentes delitos, entre los que se encuentran los delitos contenidos en la Ley de Migración⁷⁰ el ingreso ilegal de personas, tránsito ilegal de personas y transporte de ilegales.

5. ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL Y TRÁFICO DE PERSONA EN EL CÓDIGO PENAL CUBANO. ALGUNAS DIFERENCIAS COMO PUNTO DE PARTIDA

El bien jurídico protegido marca la diferencia esencial entre las conductas que ya se recogían en el Código penal y las que introdujeron las modificaciones señaladas, tomando en consideración que el “orden público”⁷¹ era la plataforma que salvaguarda esa conducta, lo que tenía trascendencia incluso en algunos elementos importantes como el del “ánimo de lucro”, que no aparecía expresamente consignado en ninguna de las formulaciones típicas, aunque es de dudosa credibilidad que el que “organizara y promoviera” una de estas conductas no estaba movido por ese

afán. Mientras tanto la figura delictiva del artículo 347, referido al tráfico, sí incluye el requisito que la actividad se realice con el propósito de obtener directa, o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

En los delitos contra el normal tráfico migratorio el bien jurídico protegido es el normal desarrollo del tráfico migratorio y la protección de los derechos de las personas que son objeto del tráfico ilícito de migrantes. Dicha protección, dada la complejidad y las formas de comisión de este delito, está necesitada de una especial atención por parte del Estado a través de los mecanismos del Derecho penal, que en este caso resulta necesario por tratarse de conductas lesivas a bienes jurídico-penales trascendentes para la seguridad jurídica del Estado, la protección de las fronteras, del transporte aéreo y marítimo y, en especial, de la integridad física y la vida de las personas con singular protección a los niños, adolescentes y personas con discapacidad y de los derechos humanos de los ciudadanos, consagrados constitucionalmente.

Otra diferencia entre el delito de tráfico de personas, previsto y sancionado por los artículos 347 y 348 del Código Penal, y el de salida ilegal del territorio nacional del artículo 216, consiste en que, mientras en el segundo estamos en presencia de un delito de consumación anticipada, como señalamos anteriormente, en el primero, el legislador decidió incluir en la figura del delito, junto al ánimo de lucro, como verbos rectores, los términos: organizar y promover⁷². Esto, en la práctica, significa que en este delito no son de aplicación las regulaciones de la Parte General del Código Penal, referidas a la tentativa⁷³.

En el tratamiento al sujeto pasivo en el delito de tráfico de personas solo se sancionan, como es la práctica internacional, a los ejecutores, organizadores y promotores del tráfico, pero no a los traficados; quienes en realidad son víctimas de esté lucrativo negocio. Por otra parte en el delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional, previsto en los artículos 216 y 217 del Código Penal, en el Título IV de los Delitos Contra el Orden Público, se sanciona

⁷⁰ El artículo 2, apartado b, incluye expresamente, entre los delitos incluidos en la Ley el ingreso ilegal de personas, el tránsito ilegal de personas y el transporte de ilegales.

⁷¹ TITULO IV DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO. CAPITULO XI. ENTRADA Y SALIDA ILEGAL DEL TERRITORIO NACIONAL. SECCION PRIMERA

Entrada Ilegal en el Territorio Nacional

ARTICULO 215.1. El que, sin cumplir las formalidades legales o las disposiciones inmigratorias, entre en el territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Está exento de responsabilidad penal el que realiza el hecho descrito en el apartado anterior en busca de asilo.

SECCION SEGUNDA

Salida Ilegal del Territorio Nacional

ARTICULO 216.1. El que, sin cumplir las formalidades legales, salga o realice actos tendentes a salir del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

2. Si para la realización del hecho a que se refiere el apartado anterior, se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la sanción es de privación de libertad de tres a ocho años.

3. Los delitos previstos en los apartados anteriores se sancionan con independencia de los que se cometan para su ejecución o en ocasión de ella.

ARTICULO 217.1. El que organice, promueva o incite la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años.

2. El que preste ayuda material, ofrezca información o facilite de cualquier modo la salida ilegal de personas del territorio nacional, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas.

⁷² Véase el artículo 18, apartado segundo, inciso b del Código Penal cubano, que considera autores a “los que organizan el plan del delito y su ejecución”.

⁷³ Código Penal cubano, artículo 12.

la simple salida, o el hecho de organizar, promover o incitar, de manera que al no concurrir los elementos para integrar el delito de tráfico de personas⁷⁴, entonces todos los participantes en la salida ilegal serían autores del delito, lo que evidencia una falta de congruencia legislativa, aunque en la práctica, con excepción de los casos que ocurren en el territorio ilegalmente ocupado de la Base Naval de Guantánamo, por razones comprensibles de seguridad nacional, ante situaciones de este tipo la fiscalía no está ejerciendo la acción penal, en correspondencia con los acuerdos migratorios existentes entre los Gobiernos de Cuba y los Estados Unidos (Aja & Rodríguez, 2003, pág. 116)⁷⁵.

6. EL DELITO DE TRÁFICO DE PERSONAS LA LEGISLACIÓN PENAL CUBANA

El delito de tráfico de personas⁷⁶ fue introducido en nuestra legislación penal, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999 en el Título XV del Código Penal sobre los Delitos Contra el Normal Tráfico Migratorio.

⁷⁴ Como ocurre, a modo de ejemplo, cuando se organice una salida familiar en una embarcación rustica.

⁷⁵ Se precisa que en los acuerdos migratorios firmados el 9 de septiembre de 1994, referidos al control de la emigración ilegal por vía marítima hacia los Estados Unidos, ambas partes se comprometieron a impedir el uso de la violencia en el acto de emigrar y el hecho de que por primera vez en más de treinta y seis años los Estados Unidos se comprometieron a devolver a todo cubano interceptado en alta mar con intenciones de entrar en ese país y la decisión de Cuba, de recibirlo sin tomar medida alguna en su contra.

⁷⁶ Este Título fue adicionado por el artículo 22 de la Ley No. 87 de 16 de febrero de 1999 (G. O. Ext. No. 1 de 15 de marzo de 1999, página 10).

CAPÍTULO I : TRAFICO DE PERSONAS:

ARTICULO 347. 1. El que, sin estar legalmente facultado, organice o promueva, con ánimo de lucro, la entrada en el territorio nacional de personas con la finalidad de que éstas emigren a terceros países, es sancionado con privación de libertad de siete a quince años.

2.- En igual sanción incurre el que, sin estar facultado para ello y con ánimo de lucro, organice o promueva la salida del territorio nacional de personas que se encuentren en el con destino a terceros países.

ARTICULO 348. 1. El que penetre en el territorio nacional utilizando nave o aeronave u otro medio de transporte con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años.

2. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o privación perpetua cuando:

el hecho se efectúa portando el comisor un arma u otro instrumento idóneo para la agresión, en la comisión del hecho se emplea violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas; en la comisión del hecho se pone en peligro la vida de las personas o resultan lesiones graves o la muerte de éstas; si entre las personas que se transportan, se encuentra alguna que sea menor de catorce años de edad.

En las condiciones de nuestro país⁷⁷, la migración ilegal, fundamentalmente hacia los Estados Unidos, a partir de 1959, ha estado vinculada a la beligerancia del Gobierno estadounidense frente a la Revolución Cubana, el que ha desarrollado una política de estímulo y asistencia a esta actividad, lo que justifica la penalización de estas conductas, por el legislador de 1999, en un título independiente del Código Penal⁷⁸.

El tipo penal se configura con la realización de los verbos rectores de organizar y promover actos de entrada o salida del territorio nacional con la finalidad de emigrar; lo primero que debemos destacar es la redacción del precepto, que utiliza como técnica la de prever conductas penales que pudieran ser consideradas en la teoría general como formas de participación o actos de ejecución, pero aquí se da la peculiaridad de que ellas conforman por sí mismas el tipo penal, y por lo tanto no es obligado que se ejecute el hecho concebido.

Esta técnica es muy utilizada por la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional para redactar algunos de sus preceptos (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004)⁷⁹ y lograr con ello la punibilidad de conductas que de otra manera no pudieran penalizarse por no ser típicas.

Requiere entonces de un análisis exhaustivo en cada momento, pues su configuración impide la utilización del artículo 18.2. b) del Código Penal, referido a los que organizan el plan del delito y su ejecución, como forma de participación específica.

El ánimo de lucro forma parte del elemento normativo del delito, pues ello está íntimamente ligado al concepto de tráfico o comercio en el que es imprescindible el beneficio económico o

⁷⁷ Sobre la incidencia del delito de tráfico de personas en Cuba ver (Colectivo de autores, 2003).

⁷⁸ Obsérvese que la adición de este título en el Código Penal cubano, a partir de la vigencia de la Ley No. 87 de 1999, es anterior al Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire, complementario de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuyo contenido ya hemos comentado en el epígrafe 3.

⁷⁹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional Organizada. op. cit.

de cualquier otra clase⁸⁰, pero que en definitiva representa un provecho para el sujeto activo.

Otro aspecto de la formulación del tipo es lo relacionado con el sujeto, este es de carácter general, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, pero “sin estar legalmente facultado”. Esto llama la atención pues si quien comete los actos está facultado, digamos que para realizar trámites migratorios, que en ningún caso serían de organización y promoción con ánimo de lucro, entonces pudiera pensarse en otra figura delictiva relacionada con la especialidad del sujeto.

Esta aclaración es válida porque aquí no estamos ante una norma penal en blanco que envía el conocimiento de la conducta a otro cuerpo legal; en éste la conducta está debidamente establecida: Debe ser realizada por alguien que no esté facultado para ello y con ánimo de lucro. La redacción del precepto en este caso particular no es feliz, pues ningún sujeto está legalmente facultado para realizar los actos descritos en el artículo 347 del Código Penal, con ánimo de lucro.

Un elemento a considerar, es si el sujeto activo del delito debe residir en el exterior o en el territorio nacional, a juicio del autor, se pueden presentar ambas situaciones, teniendo en cuenta que siempre se referirá a un sujeto que propicie la entrada al país de personas que utilicen el territorio nacional como país intermedio, entre el país emisor y el país receptor.

Se aprecia también a simple vista, que de las conductas previstas en el artículo 347, es precisamente la del apartado dos la que el legislador debió valorar como básica y, en consecuencia, presumir que iba a ocurrir con mayor frecuencia, a diferencia de la del apartado uno. Esto porque, como ha quedado demostrado en más de catorce años de vigencia de la norma, organizar desde una isla rodeada de mar, el tráfico de personas, quienes procedentes de otras naciones, viajen a Cuba, con el propósito de emigrar hacia terceros países, constituye una

⁸⁰ Resulta frecuente en Cuba el hecho de que algunos de los organizadores, realizan su función, con el objetivo de asegurarse un lugar en el medio de transporte, sin abonar el precio correspondiente, lo que les representa un beneficio económico, por lo que no necesariamente deberá exigirse el pago de dinero en efectivo para que concurra el requisito del ánimo de lucro, pues basta con que el sujeto reciba cualquier tipo de utilidad beneficio, o ventaja.

actividad que podríamos calificar, al menos de poco atractiva, para los ciudadanos extranjeros interesados en emigrar por vías irregulares, con destino a los Estados Unidos o a otros países⁸¹.

Conocemos que han ocurrido casos muy aislados de ciudadanos extranjeros, quienes han ingresado a Cuba con el propósito de emigrar hacia los Estados Unidos, tal vez en la creencia errónea de que de esta forma se podrían beneficiar de la Ley de Ajuste Cubano, pero han sido tan escasos, que ponen en duda la necesidad de la existencia de la norma, por lo que se podría considerar que un tratamiento administrativo de regulación de visados, podría resultar suficiente.

Al respecto el Dr. De la Cruz Ochoa, al comentar el contenido del apartado uno del artículo 347, nos dice que:

En este primer artículo que de acuerdo con la técnica legislativa debió servir para redactar la figura básica, en realidad el legislador describe una modalidad especial e independiente, cuando se utilice el territorio nacional como país de tránsito, o sea, el propósito no es residir en el país sino solamente utilizarlo con mayor o menor brevedad como país de tránsito hacia el Estado receptor definitivo (2007, pág. 519).

Es precisamente la figura del apartado dos del artículo 347 la que tiene mayor incidencia en nuestro país, lo que nos indica la pertinencia de que, con las necesarias precisiones⁸², en futuras modificaciones legislativas, se convierta en la figura básica del Título XV de nuestro Código Penal, con la alternativa de considerar como modalidad agravada, la “penetración en el territorio nacional utilizando nave o aeronave ... con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas”, con las agravantes, previstas en el inciso 2 del artículo 348, para ambas modalidades⁸³, o en lugar de lo

⁸¹ Si se tratara de otros países como México o Canadá, que son fronterizos con los Estados Unidos, o de determinados estados europeos, entonces sí estaríamos ante una norma que prohíbe una conducta que afecta derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que ocurren con una alta frecuencia, pero en las condiciones de Cuba, podemos hasta poner en duda hasta la necesidad de tipificar dicha conducta como delito, en virtud del principio de intervención mínima.

⁸² Como las referidas al tema de los terceros países, que explicaremos a continuación.

⁸³ Resulta contradictorio que el legislador de 1999 no previera que circunstancias de agravación tan trascendentes como las

anterior incluir en la figura básica la conducta típica de “organizar, facilitar o incitar, la entrada o la salida de personas, del territorio nacional, con la finalidad de que éstas emigren a otros países”.

Llama igualmente la atención que el precepto en su inciso 2 señala que la salida para la emigración se realiza del territorio nacional con destino a terceros países⁸⁴, lo que debería suponer la necesidad del tránsito por otro país, lo cual significaría que cuando los actos de promoción y organización se realicen con un destino directo, no se integraría la conducta preceptuada. Esta interpretación no ha sido acogida por nuestros tribunales, como explicaremos *infra*, pero obedece a la necesidad de revisar este particular en virtud del espíritu del legislador cuando redactó el precepto⁸⁵.

Los actos de esta naturaleza que generalmente ocurren en nuestro país tienen por destino los Estados Unidos; si bien es cierto que en ocasiones se utilizan en los mismos una forma de ejecución que lleva a la utilización de un segundo país distinto al que se desea emigrar, como ocurre con México, en un porcentaje significativo de los casos en los que la actividad se presenta de manera bilateral.

Al aplicar el referido precepto nuestros tribunales han considerado la expresión “tercer país”, con un sentido indeterminado, comprendiendo como tal la salida con destino

relacionadas con la participación de menores o poner en peligro la vida de las personas, incluidas en el apartado dos del artículo 348, debían aplicarse también a los organizadores o promotores de las salidas del territorio nacional.

84 Véase el apartado a del artículo 17 del “Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949, vigente desde el 25 de julio de 1951, que dice: “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución”.

“En especial se comprometen: 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida, como durante el viaje”... Consultado el 15 de enero de 2013, a las 3.00 p.m., en <http://www.undp.org/cu/pdhl/Modulo4/use/tema2/%284%29.htm>

85 En la legislación comparada revisada se aprecia que en el artículo 318 bis del Código Penal español, en un párrafo muy breve precisa el contenido esencial de estas conductas a través de sus verbos rectores, al sancionar a “El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”...

hacia otro país, sin exigir el requisito de la existencia de un país de tránsito y otro de destino (Silvera Martínez & Bertot Yero, 2012, pág. 17)⁸⁶, con el fundamento de que en el Código Penal existen varias figuras delictivas que emplean esta frase, sin que implique necesariamente la presencia de tres sujetos, como ocurre, entre otros, en los artículos 165, apartados 2 y 3, en el delito de desórdenes en los Establecimientos Penitenciarios o Centros de Reeduación, 290, apartado 1, Revelación del Secreto de la Correspondencia, 302, apartado uno inciso b, Proxenetismo y Trata de Personas, y 331, sobre la Extorsión. Esto ha venido a resolver, por la vía de la interpretación judicial⁸⁷, la insuficiencia de redacción de una norma que está requerida

86 Los autores, vicepresidente y jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, respectivamente, señalan además, con acierto, que la técnica legislativa empleada en la redacción del inciso 2 del referido artículo 347, apartado 2, ha sido defectuosa, porque, “al ser distinta la conducta típica descrita a la que prevé el apartado 1, bien hubiera podido regularse como un tipo autónomo”, lo que refuerza nuestro criterio de que se trata de un Título del Código Penal cubano, que esta requerido de sustanciales modificaciones.

87 El criterio de que frase “terceros países” no requiere para nuestro máximo órgano de justicia, de la existencia de un país de tránsito y otro de destino ha sido ratificado en la Sentencia No. 4524 de 13 de diciembre de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la que en su Segundo considerando expresa al respecto: “Que la tesis que el recurrente sostiene a los efectos de combatir la calificación jurídico-penal realizada por la sala de instancia a los hechos enjuiciados con base en el apartado tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal no puede prosperar, toda vez que la figura del apartado 2 del artículo 347 del Código Penal está destinada a los que cooperan, organizan o promueven el tráfico de personas encontrándose los emigrantes en el territorio nacional, del relato fáctico se establece que el acusado que organizó la salida de personas desde nuestro país hacia otro, con ánimo de lucro, responde entonces como autor por ejecución directa de esta figura, sin que la frase “terceros países” signifique país de tránsito ni alguna otra noción similar, y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, no cabe dudas que el hecho fue acertadamente calificado por la sala de instancia, por consiguiente se desestima el recurso de fondo amparado en este motivo”. En otra interesante sentencia de la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, la número 18 de 13 de abril de 2012, dictada en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, dictada por dicha Sala, se afirma en su Primer Considerando que: “... no lleva razón la autoridad promovente en los fundamentos que ofrece para argumentar su escrito en la causal nueve del artículo 456 de la Ley de Procedimiento Penal, porque contrario a lo que alega, los organizadores o promotores de la salida del país responden como autores por ejecución directa de la figura prevista en el apartado 2 del artículo 347 del Código Penal, sin que la frase terceros países signifique necesariamente, país de tránsito ni alguna otra noción similar, pues ella tiene un sentido indeterminado y comprende dentro de sí la salida a cualquier país, ya sea de tránsito o de destino, de manera que tal aspecto no puede conllevar a desnaturalizar esta figura penal y crear una inexistente laguna de punibilidad o subsumir esa conducta en un delito de salida ilegal del territorio nacional que tiene una objetividad jurídica distinta”.

de sustanciales modificaciones, para adaptarla a la realidad de la forma en que se manifiesta el delito en el territorio nacional, incluida el cambio de la denominación de “terceros países”, por la de otro país, sin más especificaciones, que para nada contribuyen a la correcta interpretación y aplicación de la norma.

El Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, sostiene un criterio diferente al considerar que:

En el artículo 347.2 se trata de la misma modalidad, del apartado anterior, pero en este caso saliendo de Cuba con destino a terceros países, o sea, a países en tránsito, no de permanencia definitiva. Qué pasaría entonces si se organiza directamente para ingresar al país de destino, que en el caso de Cuba es generalmente Estados Unidos y no cumple los requisitos del artículo 348.1 y no vienen del exterior nave o aeronave u otro medio de transporte a buscar a los emigrantes ilegales, en nuestra opinión se cometería la modalidad de Salida Ilegal del País del artículo 217 del Código Penal que dice “el que organice, promueva o incite la salida ilegal del territorio nacional”, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años (2007, pág. 519).

Si nos ajustamos a la letra de la ley, en estos casos no se integraría esta figura y tendríamos necesariamente que remitirnos a los establecido en el artículo 217 del Código, que tipifica la forma agravada del delito de Salida Ilegal del Territorio Nacional y utilizar la agravante del artículo 53 inciso b, por el ánimo de lucro, aunque, en puridad, ello sería convertir esta figura en un tráfico, que no fue la pretensión del legislador.

El delito de tráfico de personas se integra también en otros supuestos de extracción ilegal de personas, que suponen mecanismos menos peligrosos⁸⁸, por lo que resulta apropiado incluir

⁸⁸ Véase en este sentido también a (Silvera Martínez & Bertot Yero, 2012, pág. 17), quienes significan que el legislador en la descripción típica “alude a organizar o promover la salida del territorio nacional, sin limitar los medios utilizados para su ejecución... serán reconducibles a esta figura las conductas que favorezcan la salida de personas lucrativamente pactada, tanto cuando se trata de una aeronave o embarcación que se encuentra lícitamente en el territorio nacional, cumpliendo legalmente la función de trasladar personas, a la que se accede mediante mecanismos fraudulentos, como en los casos en que el medio de transporte es una nave que ingresa ilegalmente a las aguas jurisdiccionales cubanas”.

también en la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, los casos en que, siempre que concurra el requisito del ánimo de lucro, en lugar de naves, aeronaves u otros medios de transporte, se utilicen otras vías como fraudes, falsificaciones de visas, pasaportes u otros documentos migratorios⁸⁹, con la particularidad de que el organizador o promotor de la salida de esta forma, es quien comete el referido delito (De la Cruz Ochoa, 2007, pág. 519)⁹⁰ y la persona que ha utilizado el documento falso puede ser autor de un delito de falsificación de documentos, pero no de tráfico de personas.

En relación con el vínculo que debe existir entre la organización y promoción de la salida del territorio nacional del artículo 347, apartado dos, con la figura prevista en el apartado uno del artículo 348, cuando se organice de esta forma, se ha planteado la necesidad de que concurra el requisito de la penetración en el territorio nacional de los traficantes de personas. Sin embargo, en realidad, al tratarse de figuras delictivas, denominadas de peligro abstracto, en las que su descripción típica incluye los verbos rectores de organizar y promover, y en consecuencia quedan consumados desde el momento mismo en que tienen lugar los actos que tipifican los preceptos, para que se integre la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, no se requiere de la presencia física

⁸⁹ Al respecto en el Segundo considerando de la Sentencia 1683, de 18 de diciembre de 2012, dictada por la Sala de los Delitos Contra la Seguridad del Estado en función de lo penal del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, por un delito de tráfico ilícito de personas, se precisa que: “las acusadas CLP Y CCP establecen un único motivo de fondo con sede en el ordinal tercero del artículo 69 de la Ley de Procedimiento Penal, por entender que el tribunal de juicio cometió error en la determinación del ilícito por el que fueron sancionadas, pues sus conductas son típicas de un delito de cohecho, a lo que cabe responder que en atención a las responsabilidades que ambas tenían en la dirección de protocolo del ministerio de salud pública, lo que las hacía conocedoras de los mecanismos que allí se emplean para enviar al extranjero personas que requieran tratamientos médicos, actuaron de mutuo acuerdo con un ciudadano no habido para organizar la salida al exterior de una persona que no tenía ninguna afección de salud, lo que hicieron violando todas las disposiciones vigentes al respecto, con evidente ánimo de lucro, pues recibieron a cambio altas sumas de dinero que luego repartían entre las tres, elementos de hecho que cumplen con los requisitos que regula el artículo 347 apartado 2 del Código Penal”.

⁹⁰ Al respecto afirma que: “Puede darse también el caso de una persona que cumple todos los trámites legales pero viaja con una visa falsificada, en mi opinión solo es punible la persona que organiza el viaje bajo estas circunstancias pero nunca la persona que porta el documento falsificado, el cual le ha sido entregado, ya que a ella debe dársele el tratamiento de víctima, siempre que haya tenido que pagar dinero para involucrase en este viaje, si la misma persona realiza la falsificación por sí, sería un delito de falsificación de documento con salida ilegal del artículo 216 del Penal, pero no de tráfico de personas.”

del medio de transporte en el lugar del embarque para que se tipifique el delito, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero, quienes al respecto afirman que:

(...) tampoco resulta necesario para poder enjuiciar y sancionar a los promotores y organizadores de la salida – en los supuestos en que sólo estos son capturados –, que sean habidos los traficantes, pues se trata de hechos jurídicamente distintos determinantes de que estos sujetos respondan por títulos de imputación igualmente diferentes – los organizadores y promotores por el apartado segundo del Artículo 347, y el traficante por el 348 –; siendo suficiente que quede debidamente acreditado que ciertamente se iba a producir una extracción de seres humanos utilizando un medio de transporte aéreo o naval que ingresaría ilegalmente en nuestro país para tales propósitos. (2012, pág. 17).

La figura prevista en el artículo 348 está conformada por un sujeto general caracterizado por la conducta requiere penetrar en el territorio nacional como elemento material del delito, utilizando nave o aeronave u otros medios de transporte, con la finalidad de realizar la salida ilegal de personas del territorio nacional. Es un delito de intención ulterior, en el que no es necesario que se logre el propósito para se considere consumado el delito, mientras que el apartado segundo constituye el tipo agravado, cuando concurren determinadas circunstancias, de modo alternativo.

Aquí debemos precisar que, para que se cometa el delito, es necesario penetrar en el territorio nacional desde el extranjero - condición imprescindible del tipo penal⁹¹-, con el objetivo de realizar la salida ilegal de personas, utilizando una nave o aeronave, o cualquier otro medio de transporte. Esto, conforme al criterio del Dr. Ramón de la Cruz Ochoa, solo podrá ocurrir a través de la base naval de Guantánamo (2007, pág. 519) ⁹²,

⁹¹ *Boletín del Tribunal Supremo Popular. 2011. Publicado por el Departamento de Divulgación e Información, la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011, de la Sala de lo Penal de nuestro máximo órgano se justicia, la que en su segundo considerando, al propio tiempo que ratifica el criterio de que para la integración del tipo penal previsto en el artículo 348 del Código Penal, presupone para su integración que el sujeto activo penetre al territorio nacional en nave, aeronave o en cualquier otro medio, con el propósito de extraer personas de este.*

⁹² Señala, entre otros aspectos, que: “por nave debe entenderse

aunque, tal vez, pudieran darse otras situaciones, como la utilización de algún artefacto que permita navegar sin cumplir los requisitos que debe reunir una embarcación.

En relación con la calificación de la conducta del que organiza o promueve la salida desde el territorio nacional, se ha afirmado con acierto por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en la Sentencia No. 1119, de 30 de marzo de 2011 (Boletín del Tribunal Supremo Popular, 2011, pág. 122), que el tipo penal de tráfico de personas previsto en el artículo 348 del Código Penal, “presupone para su integración que el sujeto activo penetre al territorio nacional en nave, aeronave o en cualquier otro medio, con el propósito de extraer personas de este, acción que determinaría en consecuencia, su condición de autor”, y a continuación le añade otro elemento, al afirmar que dicho concepto de participación también pudiera estar presente “en aquellos participantes que, desde nuestro territorio, de forma relevante y protagónica, intervengan para garantizar que se materialice la introducción del medio de transporte y de los traficantes hasta el sitio donde se va a producir la extracción...”. Se trataría, en este supuesto, de un autor por cooperación necesaria previsto en el artículo 18, apartado dos, inciso ch, de los que cooperan en la ejecución del hecho delictivo mediante actos sin los cuales no hubiera podido cometerse, al menos de esa forma, sin que resulte posible apreciar ninguna de las modalidades de complicidad previstas en el apartado tres del referido artículo 18. En ese caso, como ocurre en la mayoría de las situaciones en que la intervención del sujeto se limita a organizar o promover la salida, sin colaborar de forma relevante y protagónica con el arribo del medio de transporte al territorio nacional, estaríamos en presencia de la figura prevista en el apartado dos del artículo 347, en correspondencia con el principio de especialidad, que viene a resolver una situación de concurso aparente de leyes.

cualquier artefacto flotante y capaz de trasladarse por medios mecánicos o humanos de un sitio a otro, por aeronave un aparato capaz de levantar vuelo, sostenerse en el aire y tener una dinámica que le permita también trasladarse de un lugar a otro”. Y añade, en relación con otro medio de transporte: “que sólo es aplicable al caso del traslado a otro territorio, en el caso cubano en la Base Naval de Guantánamo ocupada en contra de la voluntad del pueblo de Cuba por las fuerzas militares de Estados Unidos. Otros territorios sólo son alcanzables por nave o aeronave al tratarse Cuba de una isla”.

Este criterio se reafirma también en la Sentencia de revisión No. 1598, de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, citada anteriormente⁹³, en la que se afirma que:

La Sala de casación acertadamente aclara que si no existió penetración en el territorio nacional de algún medio de transporte para realizar la salida ilegal de personas, no es posible calificar acción alguna realizada por otros (aunque estos tuvieran la expectativa de que se produjera tal arribo de alguna nave al territorio nacional), como un delito de tráfico de personas de la modalidad del artículo 348 del Código Penal, a lo que se podría añadir, además, que el sujeto activo de este delito es el individuo que con nave o aeronave u otro medio de transporte, penetre en el territorio nacional, no quien simplemente esté esperando tal penetración para emplear ese medio en su viaje clandestino, que solamente incurriría en responsabilidad si de algún modo colabora con la entrada de la embarcación al territorio nacional o la guía hasta el punto exacto en que se podría abordar.

Por otra parte, se aprecia que en los elementos del tipo penal de la figura prevista en el artículo 348, apartado uno, no se exige el requisito del ánimo de lucro⁹⁴, lo cual nos parece que se trata de una omisión del legislador, teniendo en cuenta que estamos en presencia de una modalidad autónoma del delito de tráfico de personas, pero que está directamente relacionada con la forma más frecuente de comisión de la figura prevista en el artículo 347, apartado dos.

En el apartado dos del artículo 348 se relacionan cuatro elementos de agravación, que solo alcanzan al sujeto que penetre en el territorio nacional

⁹³ Sentencia No. 18 de 13 de abril de 2012, dictada por la Sala de lo Penal de nuestro Tribunal Supremo Popular, en un procedimiento especial de revisión, contra la sentencia número 1598 de fecha 21 de mayo de 2010, de la propia Sala.

⁹⁴ En la Sentencia No. 1625, de 30 de abril de 2002, de la Sala de lo Penal, en referencia a la modalidad del artículo 348, apartado uno, se incluye el requisito del ánimo de lucro, al afirmarse que: "esta tutela penal sobre el normal tráfico migratorio, como obligación del Estado respecto a los demás estados integrantes de la comunidad internacional, funciona por las propias características del bien tutelado cuando se actúa por un interés egoísta y de lucro, como elemento subjetivo presente o subyacente en el tipo y se utilizan medios de transporte para garantizar el bien deseado".

desde el exterior, con la finalidad de realizar una salida ilegal de personas o a los que cooperen con él mediante actos sin los cuales no hubiera podido ejecutarse, las que como afirmamos anteriormente, debieron preverse también para el apartado dos del artículo 347, porque en realidad hay circunstancias, como el tráfico de menores de catorce años de edad, la portación de armas o el empleo de violencia o intimidación en las personas, que también representan una alta peligrosidad social cuando concurren en el promotor u organizador.

Particularmente en el caso de los menores de 14 años de edad se discute, entre nosotros, si para que se pueda apreciar esta circunstancia de agravación es necesario que los traficados se encuentren a bordo del medio de transporte o si es suficiente con que el menor se halle a la espera de su emprendimiento, en lo que coincidimos con Silvera Martínez y Bertot Yero: Debido a que la situación de peligro se crea desde que el menor se ve inmerso en estas actividades inmediatamente anteriores y concomitantes con la transportación; teniendo en cuenta la naturaleza de consumación anticipada que posee la figura, no precisa que se haya iniciado la transportación para entender consumado el hecho delictivo, por lo que "parece más ajustado sostener que el sujeto que penetra con la finalidad de extraer personas, responde por el apartado 2, inciso ch, si efectivamente tiene conocimiento de que dentro del grupo de sujetos que se propone transportar se encuentra un menor de 14 años" (2012, pág. 18).

Nos llama la atención el hecho de que entre los elementos de agravación se incluye la transportación de menores de catorce años de edad, pero no se hace referencia a los incapacitados, por lo que en futuras modificaciones de la norma resulta recomendable que también se haga una referencia expresa a las personas con discapacidad. Se trata de proteger a los más vulnerables del peligro que puede significar para su vida e integridad corporal la salida del territorio nacional en condiciones peligrosas o violando las regulaciones migratorias vigentes.

Finalmente debemos significar que en el artículo 302, apartado tres de nuestro Código Penal, en el título correspondiente a los "Delitos contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales y contra la familia, la infancia y la juventud", se regula el delito de trata de personas, por lo que cuando la salida se realiza con la

finalidad de que las personas que participan en ella ejerzan la prostitución o cualquier forma de comercio carnal ⁹⁵, se integraría este delito, en lugar del tráfico de personas.

7. UNA PERSPECTIVA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA A VALORAR PARA CUBA

Como resultado del estudio realizado, en el que se han analizado las normas penales internas de Cuba y de otros países, así como los tratados internacionales fundamentales referidos al tráfico y la trata de personas, nos permitimos recomendar algunas medidas, en el orden de las políticas sociales y también las relacionadas con la necesidad de dotar a nuestros países de instrumentos jurídicos eficaces para evitar que el tráfico de personas continúe enriqueciendo a las organizaciones criminales y afectando los derechos humanos de millones de personas que anualmente se lanzan a la aventura en busca de ese mundo mejor; tantas veces prometido en sus países de origen, pero que no les acaba de llegar. Así se convierten en víctimas de las bandas criminales, las cuales invierten cada día más en esta actividad por los enormes dividendos que les produce.

Entre las medidas generales valoramos las siguientes:

1. Atendiendo a la necesidad de ofrecer una correcta protección al fenómeno del tráfico ilícito de personas y otras figuras delictivas afines desde el punto de vista penal, es necesario prestar atención a:
 - Modificar el nombre del Título XV del Código Penal por el de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana”, para ser coherentes con el bien jurídico que se pretende proteger.
 - Incluir en la figura básica del delito de tráfico de personas la conducta típica de “organizar, facilitar o incitar; la entrada o la salida de personas del territorio nacional, con la finalidad de que éstas emigren

95 En otras legislaciones como la española, además de la explotación sexual, se añaden la laboral y la relacionada con la extracción de órganos de la víctima de la trata. Véase el artículo 177 bis del Código Penal Español, que fue introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

a otros países”, lo que permitiría ofrecer protección también a las conductas recogidas en el artículo 217.1.

- Sustituir el término “terceros países”, por el de “otro país”, para evitar distintas interpretaciones y, con ello, inseguridad jurídica.
 - Incorporar una figura agravada de la modalidad básica en la que se incluyan como circunstancias las siguientes: “cuando el sujeto activo ostente la condición de funcionario público o autoridad o se aproveche del cargo u ocupación”; la conducta se cometa como parte de un “grupo delictivo organizado o perteneciente a la criminalidad organizada transnacional” y/o “si entre las víctimas se encuentra un menor de catorce años o un incapacitado”.
 - En la conducta de “penetrar” en el territorio nacional se debe incorporar el “ánimo de lucro” en los elementos de tipicidad (artículo 348).
 - Se debe prever también una figura autónoma para los actos de salida ilegal del país o en actos tendentes, donde se emplee violencia o intimidación a las personas.
1. Derogar el Capítulo XI del Título IV “Delitos contra el Orden Público”, toda vez que en la actualidad nos encontramos en condiciones de otorgar tratamiento administrativo al que solo incumpla las formalidades establecidas por la ley migratoria para entrar o salir del territorio nacional. Las figuras de mayor trascendencia deben pasar a formar parte de figuras autónomas en el Título XV que protege el ordenado tráfico migratorio, con esto se eliminaría la situación de concurso aparente de leyes, el cual existe desde la entrada en vigor de la Ley No. 87 de 1999.
 2. Incluir el delito de Trata de personas en un nuevo título del Código Penal, denominado “Delitos contra la dignidad humana”, que bien pudiera ser independiente, con un propio objeto de protección, y que incluyera otras figu-

ras delictivas, como la venta y tráfico de menores y el proxenetismo o en el actual título XV bajo la denominación de “Delitos contra el orden migratorio y la dignidad humana”.

3. La Trata de personas debe incluir en su formulación los elementos de tipicidad siguientes:

- La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas utilizando amenaza, fuerza, coacción, rapto, engaño, abuso de poder, situación de vulnerabilidad.

- Sustituir el término comercio carnal por el de explotación sexual, entendida como la disposición para el ejercicio de la prostitución o cualquier servicio de naturaleza sexual.

- Significar la protección especial de los niños y las niñas, la adopción ilegal, matrimonios forzados, las diferentes formas de explotación laboral, la esclavitud o prácticas similares, la servidumbre, la extracción de los órganos corporales, y la explotación para realizar actividades delictivas o la mendicidad, en correspondencia con lo previsto en los instrumentos jurídicos internacionales.

- Prever una modalidad delictiva para cuando la conducta se realice dentro del “territorio nacional”.

4. En relación con el delito de venta y tráfico de menores se propone modificar a dieciocho años la edad exigida para el delito y en consecuencia también la edad penal prevista en el apartado 2) del artículo 16 del Código Penal, para hacerlo congruente con la prevista en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, lo que además de otras consecuencias positivas para el país, facilitaría la cooperación internacional para combatir los delitos relacionados con el tráfico y la trata de seres humanos.

CONCLUSIONES

El principal compromiso que asumieron los Estados parte del “Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire”, en la lucha contra el tráfico de personas es, a nuestro juicio, el regulado en el inciso 3 del artículo 15, el cual los compromete a promover o reforzar los programas y la cooperación para el desarrollo en los planos nacional, regional e internacional, “teniendo en cuenta las realidades socioeconómicas de la migración y prestando especial atención a las zonas económica y socialmente deprimidas, a fin de combatir las causas socioeconómicas fundamentales del tráfico ilícito de migrantes, como la pobreza y el subdesarrollo”. Este compromiso es, precisamente, el que menos se ha cumplido, en especial por parte de los países receptores, que son los más favorecidos económicamente y quienes tienen la obligación moral y jurídica de ayudar a los menos desarrollados.

La tendencia a la disminución de las migraciones desde varios países de América Latina hacia Europa, evidencia lo mucho que se puede hacer para mejorar las condiciones de vida de los países del Sur y reducir las desigualdades sociales, que constituyen la causa principal de las migraciones ilegales.

El tráfico internacional de personas constituye cada vez más un flagelo en expansión, que amenaza no sólo el normal tráfico migratorio, sino que se esconde dentro de otras figuras y puede ser cometido por personas independientes, pero casi siempre por su propio carácter de delito transnacional es propio de redes del crimen organizado y no está obligatoriamente vinculado a la explotación sexual ni laboral, sino que constituyen elementos imprescindibles de la figura: el cruce ilegal de fronteras y el ánimo de lucro de los traficantes, que se aprovechan de las penurias que sufren millones de seres humanos en los países pobres, para obtener fáciles ganancias.

A más de una década de vigencia de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional aprobada en Palermo y del Protocolo complementario contra el tráfico ilícito, un significativo número de países no han regulado aun adecuadamente en su Derecho interno la figura del tráfico de personas, dando lugar a que continúe la confusión conceptual que existe en torno a este delito, a

pesar de ser Estados parte de estos importantes instrumentos jurídicos internacionales.

Cuba, que ha realizado esfuerzos para regular de forma ordenada y segura el tráfico migratorio, ha sido víctima de numerosas agresiones y maniobras por parte del Gobierno de los Estados Unidos. Estas van desde la suspensión de los vuelos normales y las salidas legales hacia ese país, a finales del año 1962, y la aprobación de la denominada Ley de Ajuste cubano de 2 de noviembre de 1966, hasta la aplicación sistemática de una política de estímulo y asistencia a la emigración ilegal desde Cuba y de aplicar numerosas restricciones a las vías legales.

El Código Penal cubano regula la figura del tráfico de personas desde el mes de febrero de 1999, con antelación a la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, lo que a pesar de las deficiencias de orden técnico que contiene en la redacción de los tipos penales, ha permitido enfrentar las acciones de los traficantes, que desde el exterior o en el propio país realizan diversas acciones encaminadas a promover las salidas ilegales con ánimo de lucro.

BIBLIOGRAFÍA

- AJA, A., & RODRÍGUEZ, M. (2003). Ley de Ajuste Cubano. Antecedentes y Particularidades. *Folleto La Ley Helms Burton*(Enero), 61-68. Recuperado el 8 de Abril de 2011, de www.cubaminrex.cu
- ALCALÉ SÁNCHEZ, M. (2010). Medición de la Respuesta Punitiva y Estado y Derecho. Especial Referencia al Tratamiento Penológico del Delincuente Imputable Peligroso. *Revista ARANZADI de Derecho y Proceso penal* (24).
- ÁLVAREZ ACOSTA, M. (2005). *Siglo XX: migraciones humanas*. Habana: Editora Política.
- Amnistía Internacional. (2013). *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo 2012*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI). Recuperado el 26 de mayo de 2013, de http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_es.pdf

- ASÚA BATARRITA, A. (1990). *Reivindicación o superación del programa Beccaria* en "El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad. Bilbao: Universidad de Deusto.
- BAGU, S. (1985). Tendencias Migratorias en el Mundo. *Audiencia Pública Trabajadores Migratorios. Senado de la República. Mayo 22.* México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BARBERÍA, L. G. (2010). Cuba, su emigración y las relaciones con EU. *Revista Temas, Abril – septiembre.* Recuperado el 11 de septiembre de 2013, de <http://www.temas.cult.cu/revistas/62-63/10%20Barberia.pdf>
- Boletín del Tribunal Supremo Popular. (2011). (C. House, Ed.) *Departamento de Divulgación e Información.* Obtenido de http://www.acnur.org/index.php?id_pag=2038
- CABANELLAS DE TORRES, G. (1993). *Tratado de los delitos y las penas.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S. R. L.
- Colectivo de autores. (2003). *Derecho Penal Especial* (Vol. Tomo II). La Habana: Editorial Félix Varela.
- CONDE, F. M. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal.*
- DE LA CRUZ OCHOA, R. (2007). Delitos de trata y tráfico de personas. *Revista Cubana de Derecho, Julio – diciembre*(30).
- Decreto-Ley No. 302 de 11 de octubre de 2012. (16 de octubre de 2012). *Gaceta Oficial Extraordinaria.* Obtenido de http://www.gacetaoficial.cu/pdf/ORD_044_IMPRESA_2012%20%20minjus.rar
- Departamento de Estado del Gobierno de los Estados Unidos. (2012). *Informe de la trata de personas.* Washington: Departamento de Estado. Recuperado el 29 de agosto de 2013, de <http://photos.state.gov/libraries/mexico/310329/October2012/JTIP%20REPORT%202012-Introduction-RTF062712-final-SPA.pdf>
- Editorial Granma. (16 de octubre de 2012). Por la voluntad común de la Nación Cubana. *Periódico Granma.*
- ESPINOZA BERROCAL, G. F. (2005). Tráfico de personas. La tercera actividad ilegal más lucrativa del Mundo. *IX Región.* Recuperado el 30 de agosto de 2013, de http://www.carlosparma.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=192:trafico-de-personas-&catid=41:parte-especial&Itemid=27
- ESQUIVEL, M. (2003). *La migración de trabajadores mexicanos hacia Estados Unidos 1848 - 1994.* Culiacán, Sinaloa, México: ONCE Ríos EDITORES.
- Gaceta Oficial de la República de Cuba. (1999). *Ley No. 87, modificativa del Código Penal.* Edición Extraordinaria Número 1, de fecha 15 de marzo. Obtenido de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_25.pdf
- GONZÁLEZ QUINTANILLA, J. A. (1999). *Derecho Penal Mexicano* (5ª ed.). México D. F.: Editorial Porrúa.
- HAIRABEDIAN, M. (2009). *Tráfico de personas La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad Hoc.
- HASSEMER, W. (1993). Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*(43).
- Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Cifras de población a 1 de enero de 2013. Estadística de Migraciones 2012.* Recuperado el 20 de octubre de 2013, de http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/06/25/nota_INE.pdf
- Instituto Nacional de Estadística. (2013). *Informe Anual.* Madrid: INE. Obtenido de <http://www.ine.es/>
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación.* (J. Cuello Contreras, & J. Serrano Contreras de Murillo, Trads.) Madrid: Ediciones Jurídicas. S.A.

- LARA, R. (2008). ¿Regulación de flujos"? 20 años de muerte en las fronteras. *Asociación Pro Derechos Humanos en la Frontera Sur*. Recuperado el 21 de agosto de 2013, de www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/.../1433
- LARIO, M. (2008). Crónica crítica al debate sobre políticas migratorias en España 2008. *Discurso & Sociedad*. Recuperado el 21 de agosto de 2013, de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
- LUZÓN PEÑA, D. M. (1996). *Curso de Derecho Penal. Parte General I. El "ius puniendi" (la potestad punitiva)*. Editorial Universitas S.A.
- MANZANEDA, J. (1 de Abril de 2011). *Un escándalo silenciado: el programa de EEUU para la deserción de cooperantes médicos cubanos*. Recuperado el 9 de septiembre de 2013, de Blog La pupila insomne: <http://lapupilainsomne.wordpress.com/2011/04/01/un-escandalo-silenciado-el-programa-de-eeuu-para-la-desercion-de-cooperantes-medicos-cubanos/>
- MARÍN, E. (2013). Miles de inmigrantes pobres mueren tratando de salir de infiernos. *La Arena*. Recuperado el 22 de octubre de 2013, de http://www.laarena.com.ar/opinion/siempre_mueren_ya_sea_por_mar_a_lampedusa_o_en_la_frontera_de_eeuu-103737-111.html
- MARTÍNEZ, M. (2009). Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar? *Revista para el Análisis del Derecho. InDret*. Obtenido de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/138050/188695>
- MATEU, J. C. (1999). Conferencia a los alumnos de la Especialidad en Derecho penal de la Universidad de La Habana. La Habana: inédita.
- MEDINA CUENCA, A., & Goite Pierre, M. (2011). Tráfico de personas y criminalidad organizada, un reto para el Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Sinaloa*. Obtenido de www.ubijus.com/index.php?page=shop.product_details&flypage=flypage_images.tpl&product_id=169&category_id=17&option=com_virtuemart&Itemid=222
- Migración Internacional en las Américas. (2012). *Segundo Informe del Sistema Continuo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas*. SICREMI. Recuperado el 14 de mayo de 2013, de http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/G48952_WB_SICREMI_2012_SPANISH_REPORT_LR.pdf
- MILANESE, P. (22 de septiembre de 2013). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima*. Obtenido de Sitio Web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Fribourg: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_33.pdf
- MINREX Cuba. (2012). *Informe de Cuba sobre el enfrentamiento jurídico – penal a la trata de personas y otras formas de abuso sexual*. MINREX. Recuperado el 13 de noviembre de 2013, de http://www.cubaminrex.cu/sites/default/files/ficheros/informe_de_cuba_sobre_el_enfrentamiento_juridico_2012-web.pdf
- MIR PUIG, S. (1994). Sobre el principio de intervención mínima del derecho penal en la reforma penal. En *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel.
- MORILLAS CUEVAS, L. (2004). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal. Ley Penal*. Madrid: Editorial DYKINSON, S.L.
- MORILLAS CUEVAS, L. (Enero- junio de 2005). El Derecho Penal Mínimo o la Expansión del Derecho Penal. *Revista Cubana de Derecho*.(25).
- MUÑOZ CONDE, F. (2000). Presente y futuro de la dogmática jurídico penal. *Revista Penal*.
- MUÑOZ CONDE, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. (7ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.

- Nacionales Granma. (11 de enero de 2013). Manipulación estadounidense del tema migratorio cubano. *Periódico Granma*. Obtenido de <http://www.granma.cubaweb.cu/2013/01/11/nacional/artic07.html>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000. *Resolución 55/25 de la Asamblea General*. New York. Recuperado el 28 de mayo de 2013, de <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>
- OLEA, H. (2004). Los derechos humanos de las personas migrantes: respuestas del Sistema Interamericano. El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y los de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes. *Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*. Obtenido de http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1375160761/Sistema%20Interamericano.pdf
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (2005). Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. *Resolución 45/158 de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1990, vigente desde el 1 de julio de 2003*. New York: UNESCO. Recuperado el 16 de octubre de 2013, de <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001435/143557s.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2012). *Estimación Mundial sobre el Trabajo Forzoso. Resumen ejecutivo*. Ginebra: OIT. Recuperado el 25 de octubre, de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_182010.pdf
- Organización Internacional para las Migraciones. (2013). *Informe sobre las migraciones en el mundo*. Ginebra: OMI.
- Organización Mundial de las Migraciones. (2012). Informe sobre Rutas y dinámicas migratorias entre los países de América Latina y el Caribe, y entre América Latina y la Unión Europea. Recuperado el 21 de mayo de 2011, de http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/922B6554-A053-486F-81A8-FD20BD9DBD0B/257877/Rutas_MigratoriasCAP_1.pdf
- PÉREZ HERRERO, P. (2012). Las Conferencias Iberoamericanas. Una reflexión desde 2012. *Real Instituto Elcano*. Recuperado el 21 de mayo de 2013, de http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/america+latina/dt14-2012_perez-hierrocumbres_iberamericanas_2012
- RIVERO, I. (2001). Mesa Redonda sobre Tráfico de Mujeres: Una Mirada desde las Organizaciones. Intervención de la Directora de la Oficina de Naciones Unidas en España. *Informes, Ponencias y Documentos de Referencia de la Jornada celebrada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001 sobre Tráfico de mujeres con fines de explotación sexual*. Madrid. Recuperado el 20 de marzo de 2013, de http://www.antoniosalas.org/sites/default/files/TraFico_de_mujeres_con_fines_de_explotacion_sexual_031324.pdf
- ROXIN, C. (1998). ¿Tiene futuro el Derecho Penal? *Revista del Poder Judicial*, 3ª Época(49).
- RYDER, G. (2013). Es necesario un nuevo enfoque sobre migración laboral. *De cara al Diálogo de alto nivel sobre Migración y Desarrollo*, 3 y 4 de octubre de 2013. Nueva York: ONU. Recuperado el 24 de octubre de 2013, de http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/comment-analysis/WCMS_222797/lang--es/index.htm

- SILVERA MARTÍNEZ, O., & Bertot Yero , M. (Enero – Marzo de 2012). Apuntes acerca del tráfico de personas en la legislación cubana actual. *Boletín ONBC*.(43).
- SOROLLA FERNÁNDEZ, I. (2013). Características del fenómeno migratorio en Cuba: antecedentes y comportamiento actual. *Seminario sobre migración y Extranjería, auspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, el Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*. La Habana.
- Superar Fronteras. (Abril de 2011). Crisis Económica, Inmigración y miedo. *Servicio Jesuita de Migrantes*. Recuperado el 14 de agosto de 2013, de www.alboan.org/docs/articulos/Superarfronteras.pdf
- TREJO, E. C. (2006). *Compendio de Instrumentos Internacionales Relativos a la Trata de Personas*. México D.F.: Centro de Documentación, Información y Análisis de la Subdirección de Política Exterior de la Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado el 15 de septiembre de 2013, de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-08-06.pdf>
- VILLACAMPA ESTRIARTE, C. (2004). Trata de seres humanos y delincuencia organizada. Conexión entre ambos fenómenos criminales y su plasmación jurídico-penal. *Revista para el Análisis del Derecho*(1).
- ZAFFARONI, E. (2007). Conferencia de clausura de la primera “Conferencia Mundial de Derecho Penal organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). *Globalización y Crimen Organizado*. Guadalajara. Recuperado el 26 de octubre de 2013, de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/globalizacion_crimen_organizado.pdf
- ZAFFARONI, E. R. (Septiembre de 2010). ¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad? *Revista de la Asociación Americana de Juristas*.

LA PARTICIPACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO*

PARTICIPATION IN SOCIAL AND DEMOCRATIC STATE

PARTICIPAÇÃO NO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jaime Rodríguez Arana^a

rajaim@gmail.com

Fecha de recepción: 21 de Febrero 2014

Fecha de revisión: 7 de Marzo 2014

Fecha de aceptación: 5 de Mayo 2014

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo examinar la cuestión de la participación ciudadana en el Estado Democrático y Social de Derecho. El tema se estudia desde la perspectiva del interés general, del contexto del Estado de Bienestar, de la reforma del Estado y su impacto en la participación, entendida como objetivo y como método, siempre desde la perspectiva de la dignidad humana y de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE

Participación, Estado Social y Democrático de Derecho, interés general.

** El presente artículo es un trabajo de reflexión en el que se proyectan los postulados de Estado social y democrático de Derecho sobre la forma de comprender el interés general, concepto clave del Derecho Administrativo moderno. En concreto, en las presentes líneas se propone una nueva forma de comprender la participación ciudadana tras el fracaso de la versión estática del Estado de bienestar.*

a. Catedrático de derecho administrativo. Presidente de la sección española del instituto internacional de ciencias administrativas. Presidente del foro iberoamericano de derecho administrativo.

ABSTRACT

The article aims to examine the topic of citizen participation in the Social and Democratic State. The subject is studied from the viewpoint of general interest, the context of the Welfare State, State reform and its impact on participation, understood as an objective and as a method, always from the perspective of Human Dignity and Fundamental Rights.

KEYWORDS

Participation, Social-Democratic State, general interest.

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a questão da participação dos cidadãos no Estado democrático e social de Direito. O assunto é estudado na perspectiva do interesse geral, no contexto do Estado social, da reforma do Estado e do seu impacto na participação, entendido como objetivo e método, sempre considerando a dignidade humana e os direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE:

Participação, Estado social e democrático de Direito, interesse geral.

INTRODUCCIÓN

Una de las polémicas más interesantes a las que podemos asistir en estos momentos es la de la función del Estado en relación con la sociedad y con las personas, sobre todo en un momento de crisis general que también afecta al denominado Estado de bienestar. Una crisis anunciada tiempo atrás, desde que la deriva estática de esa gran conquista social del siglo pasado sustituyó a una forma dinámica de entender la función del Estado en relación con la sociedad y sus habitantes.

En efecto, la tentación de muchos dirigentes públicos de usar los medios del Estado: ayudas, subvenciones o subsidios al servicio de su perpetuación en el poder ha arrojado unos resultados desoladores. La banca, que entendió que su gran negocio sería financiar toda clase de actividades y servicios para los poderes públicos, contribuyó, no poco, al elefantiásico endeudamiento y crecimiento exponencial del aparato público en todas sus dimensiones, sea en el ámbito institucional sea en el ámbito territorial.

PARTICIPACIÓN E INTERÉS GENERAL

La participación, esa gran directriz política de la arquitectura constitucional del Estado social y democrático de Derecho, ha sido preterida, olvidada, hasta desnaturalizada por esa versión cerrada y unilateral del poder político y financiero que se ha instalado en las tecnoestructuras dominantes en los últimos años. Sin embargo, la juventud de este tiempo no está ni mucho menos por la labor de silencio y complacencia que ha caracterizado, que pena, a no pocos sectores sociales, incapacitados, a causa de su caída en el consumismo insolidario, a levantar la voz para reclamar que los asuntos de interés general deben administrarse contando con los ciudadanos. Por una poderosa razón que en estas líneas vamos a exponer, con ocasión y sin ella, porque es capital a día de hoy: el interés de todos y cada uno de los ciudadanos, como miembros del cuerpo social, ya no se define o gestiona desde la cúpula, de forma unilateral. Ahora, y esto es lo relevante, los intereses generales han de conformarse contando con la participación de la sociedad, de los sectores implicados o concernidos por razón de la materia.

A pesar de la letra y de la exégesis del artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, que manda a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, la realidad, la que se puede percibir y registrar, es la de una obvia ausencia de la ciudadanía en los asuntos más relevantes de la vida política, económica, cultural y social. La razón es bien clara: el interés general ha sido objeto de apropiación creciente por las tecnoestructuras políticas, financieras y mediáticas que han configurado un entramado impermeable a la vitalidad de lo real, destinado a sacar rédito a ese consumismo insolidario desde el que se ha ido, poco a poco, separando al pueblo del ejercicio de las principales cualidades democráticas que aportan temple cívico y vida real al sistema.

El gran problema es que esta situación de monopolio y utilización unilateral del interés general tenía fecha de caducidad porque los fondos públicos no son infinitos y la capacidad de engaño y falsificación de la realidad tiene límites. En estas, o por estas causas, sobrevino una feroz y dramática crisis que hasta ahora ha sido hábil y sutilmente manejada por algunos de los más conspicuos representantes de esta voraz tecnoestructura, pero que acabará devorando a

sus principales instigadores. La indignación de millones de personas, quienes se han despertado del sueño consumista, irá en aumento y el deseo de participación real del pueblo, sobre todo de los más jóvenes, obligará en tantos aspectos de la vida política, social, económica y cultural a introducir grandes cambios. Grandes cambios y transformaciones que deben empezar por una evaluación y análisis exhaustivo de los cimientos y basamentos del sistema. No para cambiarlos todos, sino para remozarlos y apuntalarlos sobre los valores primigenios de la democracia que, en este tiempo, se convirtió en el gobierno de una minoría, para una minoría y por una minoría, en lugar de ser el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, en la ya clásica expresión de Abraham Lincoln.

En este sentido, urge recuperar el sentido y funcionalidad del interés general en el Estado social y democrático de Derecho para que se abra a la vitalidad de la realidad, y de la vida ciudadana, en lugar de seguir en manos de la unilateralidad. Ahora bien, para proceder intelectualmente a la reconstrucción de estos cimientos es menester conocer, en alguna medida, las causas de este letal secuestro del interés general por las minorías dirigentes, en diversos ámbitos. Las relaciones entre el Estado y la Sociedad, fundamentales en el modelo de Estado en el que estamos inscritos, han sido objeto de una peculiar forma de comprender el sentido del poder, el sentido de la participación, el sentido del sistema democrático.

En efecto, a la vista de lo que está aconteciendo, podríamos preguntarnos: ¿Por qué ha entrado en crisis esta forma de entender las relaciones Estado-Sociedad?. Me parece que, entre otras razones, hemos de anotar que el Estado, que está al servicio del interés general y del bienestar general, se olvidó, y no pocas veces, de los problemas reales del pueblo. Claro, el Estado no es un ente moral o de razón únicamente, el Estado es lo que sus dirigentes en cada momento quieren que sea, ni más ni menos. Es decir, el Estado, al contrario de lo que pensaba Hegel, para quien era la suma perfección, por encarnar el ideal ético en sí mismo, tiene pasiones, tiene tentaciones, porque está compuesto por seres humanos. Esta realidad se constata todos los días y en todos los países con sólo abrir las páginas del periódico o asomarse a los telediarios con cierta frecuencia.

Por eso, la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, por sus aspiraciones, por sus expectativas, por sus problemas, por sus dificultades o por sus ilusiones. Sobre todo porque el Estado se justifica para la protección, promoción y preservación de la dignidad del ser humano.

PARTICIPACIÓN Y ESTADO DE BIENESTAR

El modelo de Estado "intervencionista" acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. Ahí tenemos los datos de la deuda pública, de desempleo, del número de funcionarios y empleados públicos, que hablan por sí solos y nos eximen de largos comentarios. Hoy más que nunca hay que recordar que el Estado es de la ciudadanía, que la burocracia es del pueblo y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de todos los miembros del cuerpo social. De lo contrario, se desnaturaliza el sistema y se pone a disposición de quienes lo usan para su propio beneficio, tal y como ha acontecido en estos años.

En este sentido se entenderá, sin demasiados problemas, que la reforma del Estado del bienestar no puede depender de una ideología en la configuración de su proyecto, porque la acción pública se delimita hoy por una renuncia expresa a todo dogmatismo político y por la apuesta hacia ese flexible dinamismo que acompaña a la realidad y, por ello, a los problemas de las personas. Hoy, al parecer, la ideología cerrada aporta sobre todo, y ante todo, una configuración de la realidad social y de la historia de carácter dogmático que no puede, le es imposible, acercarse a un mundo que se define por su dinamismo, pluralismo y versatilidad.

En este sentido, las prestaciones sociales, las atenciones sanitarias, las políticas educativas, son bienes de carácter básico que un gobierno debe poner entre sus prioridades políticas, de manera que la garantía de esos bienes se convierta en condición para que una sociedad libere energías que permitan su desarrollo y la conquista de nuevos espacios de libertad y de participación ciudadana.

Este conjunto de prestaciones del Estado, que constituye el entramado básico de lo que se

denomina Estado del bienestar, no puede tomarse como un fin en sí mismo. Esta concepción se traduce, así ha acontecido estos años, en una reducción del Estado al papel de suministrador de servicios, con lo que el ámbito público se convierte en una rémora del desarrollo social, político, económico y cultural, por supuesto opaco e impermeable a toda forma de participación real. Además, una concepción de este tipo se traduce no en el equilibrio social necesario para la creación de una atmósfera adecuada para los desarrollos libres de los ciudadanos y de las asociaciones, sino que conduce, así ha acontecido, a una concepción estática que priva al cuerpo social del dinamismo necesario para liberarse de la esclerosis y conservadurismo que acompaña a ese pensamiento único que se ha apoderado del interés general.

Hoy, en España, aparece ante nosotros el Estado de bienestar en su dimensión más estática en proceso de transformación. Un modelo que reclama reformas profundas, no parches o cambios puntales. Es menester trabajar sobre los fundamentos, sobre los pilares del Estado de bienestar para hacer de la centralidad del ser humano el pilar básico sobre el que giren todas las políticas públicas. Esta consideración supone un cambio radical en la forma de entender la política democrática. Ya no se trata de permanecer en el poder como sea posible, sino de atender lo mejor posible en cada momento el interés general, aunque ello pueda traer consigo en alguna ocasión costes políticos.

Las prestaciones, los derechos, tienen un carácter dinámico que no puede quedar a merced de mayorías clientelares, anquilosadas, sin proyecto vital, que puede llegar a convertirse en un cáncer de la vida social. Las prestaciones del Estado tienen su sentido en su finalidad. Veamos.

Sírvanos como ejemplo la acción del Estado en relación con los colectivos más desfavorecidos, en los que -por motivos diferentes- contamos a los marginados, los parados, los pobres y los mayores. Las prestaciones del Estado nunca pueden tener la consideración de dádivas mecánicas, más bien el Estado debe proporcionar con sus prestaciones el desarrollo, la manifestación, el afloramiento de las energías y capacidades que se esconden en esos amplios sectores sociales y que encuentran su manifestación adecuada y proporcionada en la aparición de la iniciativa individual y asociativa.

Un planteamiento de este tipo permitiría afirmar claramente la plena compatibilidad entre la esfera de los intereses de la empresa y de la justicia social, ya que las tareas de redistribución de la riqueza deben tener un carácter dinamizador de los sectores menos favorecidos, no conformador de ellos. Además, permitirá igualmente conciliar la necesidad de mantener los actuales niveles de bienestar y la necesidad de realizar ajustes en la priorización de las prestaciones, que se traduce en una mayor efectividad del esfuerzo redistributivo.

REFORMA DEL ESTADO DE BIENESTAR Y PARTICIPACIÓN

La reforma del Estado de bienestar reclama sintonía entre la actuación política y las aspiraciones, el sentir social, el del pueblo soberano. Bien entendido que ese encuentro no puede ser resultado de una pura adaptabilidad camaleónica a las demandas sociales. Conducir las actuaciones públicas por las meras aspiraciones de los diversos sectores sociales, es caer directamente en otro tipo de pragmatismo y de tecnocracia: es sustituir a los gestores económicos por los prospectores sociales. Cuando así acontece, es lo que ha pasado en los últimos años, se desvanece la idea del interés general para atender desde el poder público determinadas aspiraciones de grupos que están en la mente de todos, transformándolo lo general en lo particular, privatizando lo que por esencia y naturaleza es de todos, del conjunto social.

La prospección social, como conjunto de técnicas para conocer más adecuadamente los perfiles de la sociedad en sus diversos segmentos es un factor más de apertura a la realidad. La correcta gestión económica es un elemento preciso de ese entramado complejo que denominamos eficiencia, pero ni una ni otra sustituyen al discurso político. La deliberación sobre los grandes principios, su explicitación en un proyecto político, su traducción en un programa de gobierno da sustancia política a las actuaciones concretas, que cobran sentido en el conjunto del programa, y con el impulso del proyecto.

Las políticas públicas que parten de la participación social, se confeccionan siempre a favor de la ciudadanía, de su autonomía - libertad y cooperación -, dándole cancha a quienes la ejercen

e incitando o propiciando su ejercicio - libre - por parte de quienes tienen mayores dificultades para hacerlo. Acción social y libre iniciativa son realidades que el pensamiento compatible capta como integradoras de una realidad única, no como realidades contrapuestas.

Las políticas públicas en el Estado dinámico del bienestar no se hacen pensando en una mayoría social, en un segmento social que garantice las mayorías necesarias en la política democrática, sino que las políticas que se diseñan desde esquemas reales de participación se dirigen al conjunto de la sociedad, y son capaces de concitar a la mayoría social y natural de individuos que sitúan la libertad, la tolerancia y la solidaridad entre sus valores preferentes.

Conforme han ido avanzando los años noventa del siglo pasado y entrábamos en el nuevo siglo XXI, se ha ido perfilando con mayor claridad y se ha ido haciendo cada vez más explícita una idea que ha estado siempre presente de un modo u otro en el pensamiento democrático. El fundamento del Estado democrático hay que situarlo en la dignidad de la persona. No hacerlo así y situarlo en planteamientos clientelares o de permanencia en el poder da los amargos resultados que ahora estamos sufriendo en tantas partes del mundo.

La persona se constituye en centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona concreta, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irreplicable e intransferible, precisamente en persona, en esa magnífica sustancia individual de naturaleza racional de la que hablara hace tanto tiempo, por ejemplo, Boecio.

Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo. En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas, que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre el centro de la acción pública.

Esta reflexión ha venido obligada no sólo por los profundos cambios a los que venimos asistiendo en nuestro tiempo. Cambios de orden geoestratégico que han modificado parece que definitivamente el marco ideológico en que se venía desarrollando el orden político vigente para poblaciones muy numerosas. Cambios tecnológicos que han producido una variación sin precedentes en las posibilidades y vías de comunicación humana, y que han abierto expectativas increíbles hace muy poco tiempo. Cambios en la percepción de la realidad, en la conciencia de amplísimas capas de la población que permiten a algunos augurar, sin riesgo excesivo, que nos encontramos en las puertas de un cambio de civilización. Y, sobre todo, tras la aguda crisis económica y financiera de estos años, los cambios son tan imperiosos como urgente es la situación de necesidad de muchos millones de ciudadanos en todo el mundo, ahora sobre todo, aunque parezca paradójico, en el denominado mundo occidental.

En efecto, es una reflexión obligada también por la insatisfacción que se aprecia en los países desarrollados de occidente ante los modos de vida, las expectativas existenciales, las vivencias personales de libertad y participación. Y es una reflexión que nos conduce derechamente a replantearnos el sentido de la vida y del sistema democrático, desde sus mismos orígenes a la modernidad, no para superarlo, sino para recuperarlo en su ser más genuino y despojarlo de las adherencias negativas con que determinados aspectos de las ideologías modernas lo han contaminado, contaminaciones que han estado en el origen de las lamentables experiencias totalitarias del siglo pasado en Europa y en la etiología de una crisis económica y financiera, trasunto de una honda crisis moral, que ha traído consigo un retroceso lamentable de las condiciones de vida de millones de seres humanos, sobre todo en el llamado mundo occidental.

Recuperar el pulso del Estado democrático y fortalecerlo, significa entre otras cosas, recuperar para el Estado los principios de su funcionalidad básica que se expresa adecuadamente -aunque no sólo- en aquellos derechos primarios sobre los que se asienta nuestra posibilidad de ser como hombres. Entre ellos el derecho a la vida, a la seguridad de nuestra existencia, el derecho a la salud. En este mundo en el que la exaltación del poder y del dinero ha superado todas las cotas

posibles es menester recordar que la dignidad de todo ser humano, cualquiera que sea su situación, es la base del Estado de Derecho y, por ende, de las políticas públicas que se realizan en los modelos democráticos. La ausencia de la persona, del ciudadano, de las políticas públicas de este tiempo, explica también que a pesar de tantas normas promotoras de esquemas de participación, ésta se haya reducido a un recurso retórico, demagógico, sin vida, sin presencia real, pues la legislación no produce mecánicamente la participación.

Es bien sabido que el protagonismo del Estado o del mercado ha sido el gran tema del debate económico del siglo XX. Ya desde muy pronto, como nos recuerda el profesor Velarde Fuertes, encontramos el célebre trabajo de Enrico Barone publicado en el *Giornale Degli Economisti* (1.908): “El ministro de la producción en un Estado colectivista”, a partir del cual comienza un amplio despliegue de estudios de los teóricos de la economía sobre la racionalidad económica de una organización socialista como los de Wiesser, Pareto y sus discípulos. La crisis económica que sigue a la Primera Guerra Mundial pone en tela de juicio el pensamiento capitalista y alimenta formas intervencionistas que el economista Mandilesco se encargaría de configurar económicamente. De igual manera, tanto el New Deal de Roosevelt como la encíclica “Quadragesimo anno” se muestran críticas hacia el capitalismo.

Los planteamientos intervencionistas de Keynes o Beveridge trajeron consigo, tras la Segunda Guerra Mundial, un acercamiento a la planificación del desarrollo o a una política fiscal redistributiva. En verdad, la época de la prosperidad de 1.945 a 1.973 mucho ha tenido que ver con una política de intervención del Estado en la vida económica. Quizá porque entonces la maltrecha situación económica que generó la conflagración no permitía, porque no se daban las condiciones, otra política económica distinta.

Al amparo de esta construcción teórica, aparece el Estado providencia (*Welfare State*) que asume inmediatamente la satisfacción de todas las necesidades y situaciones de los individuos desde “la cuna hasta la tumba”. Es un modelo de Estado de intervención directa, asfixiante, que exige elevados impuestos y, lo que es más grave, que va minando poco a poco lo más importante,

la responsabilidad de los individuos. El Estado de bienestar que ha tenido plena vigencia en la Europa de “entreguerras” es, como es bien sabido, un concepto político que, en realidad, fue una respuesta a la crisis de 1929 y a las manifestaciones más agudas de la recesión.

Ciertamente, los logros del Estado del bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación del seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente.

Sin embargo, se dirigen varias críticas al Estado del bienestar referidas a su estancamiento en la consecución del crecimiento económico y su fracaso en el mantenimiento de la cohesión social. El ocaso del esquema estático es tan evidente que la transformación es urgente y debe realizarse desde los propios fundamentos de un modelo de Estado pensado para promover la libertad solidaria de los ciudadanos.

El Estado providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa. Hasta el punto de que tras décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, ha aumentado la distancia entre ricos y pobres, y de qué manera en estos últimos años. Estas desigualdades han generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad y no sólo debido a circunstancias económicas, sino también a causa de su raza, su nacionalidad, su religión o por cualquier rasgo distintivo escogido como pretexto para la discriminación, la xenofobia y, a menudo, la violencia. Evidentemente, como apunta acertadamente Dahrendorf, esta divergencia sistemática de perspectivas de vida para amplios estratos de la población es incompatible con una sociedad civil fuerte y activa.

Además, resulta lógico afirmar que la desintegración social lleva aparejado un cierto grado de desorden, ya que los colectivos excluidos carecen de sentido de pertenencia a la comunidad, de compromiso social y, por tanto, de razones para respetar la ley o los valores que la han inspirado.

Por todo ello, puede afirmarse sin ninguna duda que el Estado de bienestar en su versión clásica, está en crisis, en una honda y profunda crisis. No sólo desde el punto de vista económico, sino también, y ello es más importante, como modelo de Estado.

Las bases teóricas del Estado de bienestar fueron ya criticadas por una serie de autores encuadrados en el llamado círculo de Friburgo, de la denominada escuela social de mercado, entre los que destacan Walter Eucken, Ludwig Erhard o Friedrich Von Hayek. Realmente, la importancia del pensamiento de estos economistas, representantes genuinos de la economía social de mercado, es muy grande y su actualidad innegable.

La economía social de mercado no presupone una mayor intervención del Estado en la vida económica y social. Tampoco exige que los poderes públicos se abstengan de intervenir en la sociedad o en la economía. Lo que resulta evidente es que el papel del Estado debe cambiar para perseguir la cuadratura del círculo, esto es, conciliar (si ello es posible) las que, a juicio de Dahrendorf, eran las tres aspiraciones básicas de los ciudadanos: la prosperidad económica mediante el aumento de la riqueza, vivir en sociedades civiles capaces de mantenerse unidas y constituir la base sólida de una vida activa y civilizada, y contar con unas instituciones democráticas que garanticen la vigencia del Estado de Derecho y la libertad política de las personas.

No es fácil compatibilizar estas metas y con frecuencia la prosperidad económica se consigue a costa de sacrificar la libertad política o la cohesión social. Recientemente Giddens ha creído encontrar la forma de lograrlo a través de la denominada tercera vía, que trata de superar los planteamientos neoliberales y socialistas. El Estado no debe retroceder ni puede expandirse ilimitadamente; simplemente debe reformarse.

Según Eucken y la doctrina de la economía social de mercado, el Estado debe limitarse a fijar las condiciones en que se desenvuelve un orden económico capaz de funcionamiento y digno de los hombres, pero no ha de dirigir el proceso económico. En resumen: el Estado debe actuar para crear el orden de la competencia, pero no ha de actuar entorpeciendo el proceso económico de la competencia.

En cualquier caso, debe quedar claro que esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado de bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una revisión del propio concepto de bienestar. Desde el informe Beveridge(1942) hasta la actualidad se adoptó un enfoque meramente negativo del bienestar, que consistía en luchar contra la indigencia, la enfermedad, la ignorancia, la miseria y la indolencia. Se trataba de una visión eminentemente económica del bienestar y de las prestaciones necesarias para su consecución.

Hoy parece evidente la superación de esta visión. Las prestaciones o ventajas económicas no son casi nunca suficientes para producir bienestar; es además necesario promover simultáneamente mejoras psicológicas. Se trata, como apunta Giddens, de alcanzar un bienestar positivo: en lugar de luchar contra la indigencia se debe promover la autonomía; en vez de combatir la enfermedad se debe prevenir su existencia promoviendo una salud activa; no hay que erradicar la ignorancia sino invertir en educación, no debe mitigarse la miseria, sino promover la prosperidad, y finalmente, no debe tratar de erradicarse la indolencia, sino premiar la iniciativa. El problema reside en que tantas veces al promover estos valores quienes están al frente del Estado no resisten la tentación de intervenir y querer dirigir los destinos de la vida de muchas personas, no digamos si de esa manera se pueden adueñar de su voluntad política.

Por lo tanto, si el Estado tiene como función primaria genérica la promoción de la dignidad humana, se entenderá sin esfuerzo que el bienestar de los ciudadanos ocupe un lugar absolutamente prioritario en la actividad del Estado. Esto, forzoso es recordarlo, no es patrimonio exclusivo de ningún grupo ni de ninguna instancia política, es patrimonio del sentido común, o del sentir común. ¿Para qué querríamos un Estado que no nos proporcionará mejores condiciones para el desarrollo y el logro de los bienes que consideramos más apreciables por básicos?. Ciertamente hay todavía -y demasiados- Estados concebidos como instrumentos de opresión o al servicio de los intereses de unos pocos, pero no podemos olvidar que nuestra referencia es el Estado democrático de Derecho, un estado de libertades, que en la práctica y hasta ahora viene

haciendo imposible tal situación de abuso entre nosotros.

Que el bienestar sea una condición para el desarrollo personal, como seres humanos en plenitud, no es un hallazgo reciente ni mucho menos. Ya los antiguos entendieron que sin unas condiciones materiales adecuadas no es posible el desarrollo de la vida moral, de la vida personal, y el hombre queda atrapado en la perentoriedad de los problemas derivados de lo que podríamos llamar su simple condición animal, y reducido a ella. Pero quisiera subrayar que bienestar no es equivalente a desarrollo personal. El bienestar es la base, la condición de partida que hace posible ese desarrollo. Por eso el bienestar no es un absoluto, un punto de llegada. Si todos apreciamos como imprescindible el respirar bien, nadie se contentaría con vivir sólo con el ejercicio de esta función.

Concebir el bienestar como una finalidad de la política, como una meta o un punto de llegada, provocó una espiral de consumo, de inversión pública, de intervención estatal, que llegó a desembocar en la concepción del Estado como providente, como tutor de los ciudadanos e instancia para la resolución última de sus demandas de todo orden. Este modo de entender la acción del Estado condujo de modo inequívoco a considerar a las instancias públicas como proveedoras de la solución a todas nuestras necesidades, incluso a las más menudas, incluso a nuestras incomodidades, incluso de los caprichos de muchos ciudadanos.

En esa espiral, asumida desde planteamientos doctrinarios que la historia más reciente ha demostrado errados, el Estado ha llegado prácticamente a su colapso, ha sido incapaz de responder a la voracidad de los consumidores que él mismo ha alumbrado y alimentado con mimo a veces demagógico. Exigencia de prestaciones y evasión de responsabilidades se han confabulado para hacer imposible el sueño socialista del Estado providencia. En un Estado así concebido el individuo se convierte en una pieza de la maquinaria de producción y en una unidad de consumo, y por ende se ve privado de sus derechos más elementales si no se somete a la lógica de este Estado, quedando arrumbados su libertad, su iniciativa, su espontaneidad, su creatividad, y reducida su condición a la de pieza

uniforme en el engranaje social, con una libertad aparente reducida al ámbito de la privacidad.

Así las cosas, someramente descritas, la reforma del llamado Estado de bienestar no ha sido tarea de un liberalismo rampante como algunos han pretendido hacer creer. No hay tal cosa. La necesidad de la reforma ha venido impuesta por una razón material y por una razón moral. La reforma del Estado de bienestar ha sido una exigencia ineludible impuesta por el fracaso de una concepción desproporcionada. Dicho de otra manera, la reforma del Estado de bienestar ha sido exigida por la realidad, por las cuentas, por su inviabilidad práctica. Y, en el orden moral, por la grave insatisfacción que se ha ido produciendo en las generaciones nuevas que han visto reducida su existencia -permítaseme la expresión- a una condición estabular que no podía menos que repugnarle.

Afirmar que el Estado de bienestar estático es inviable, afirmar que es necesaria la reforma de su estructura, que tal concepción presenta déficits insalvables en su mismo fundamento y articulación no significa en absoluto anunciar que el bienestar es imposible o que debemos renunciar a él. Hacerlo así supone enunciar una crítica limitada y corta de las posiciones que exponemos, y supone también, a nuestro juicio, instalarse en concepciones dogmáticas y consecuentemente maniqueas del Estado y de la sociedad. Equivaldría a afirmar que o el Estado de bienestar se establece conforme a una determinada fórmula o inevitablemente incumple su función.

Pues no es así. Denunciar el hecho comprobado de la inviabilidad del modelo errático y estático del Estado de bienestar, reivindicar la necesidad y las reformas necesarias, se formula desde la convicción irrenunciable de que no sólo el bienestar público es posible, sino necesario, y no sólo necesario sino insuficiente en los parámetros en los que ahora se mide. Es decir, es necesario, es de justicia, que incrementemos los actuales niveles de bienestar -si se puede hablar así-, sobre todo para los sectores de población más desfavorecidos, más dependientes y más necesitados. Insisto, es una demanda irrefutable que nos hace el sentido más elemental de la justicia, y que hoy es un unánime clamor a la vista de cómo la crisis golpea sobre todo a los más débiles y desfavorecidos.

En este contexto, tenemos que aprender de los errores en que cayeron los Estados providentes en estos años. Los sectores más desfavorecidos, los sectores más necesitados, son los más dependientes, y las prestaciones sociales del Estado no pueden contribuir a aumentar y agravar esa dependencia, convirtiéndose, de hecho, a los ciudadanos en súbditos, en este caso del Estado, por muy impersonal que sea el soberano, o que tal vez por ser más impersonal y burocrático es más opresivo. En esta afirmación está implícita otra de las características del nuevo modelo dinámico de bienestar que habrá de aflorar: la finalidad de la acción pública no es el bienestar, el bienestar es condición para la promoción de la libertad y participación de los ciudadanos, estas sí, auténticos fines de la acción pública. Es decir, el bienestar aparece como medio, y como tal medio, debe ser relativizado, puesto en relación al fin.

En este sentido, una afirmación cobra especial actualidad en estos momentos: el bienestar no sólo no está reñido con la austeridad, sino que no se puede ni concebir ni articular sin ella. Austeridad no puede entenderse como privación de lo necesario, sino como ajuste a lo necesario, y consecuentemente limitación de lo superfluo. Si no es posible realizar políticas austeras de bienestar no es posible implantar un bienestar social real, equitativo y progresivo, capaz de asumir -y para todos- las posibilidades cada vez de mayor alcance que las nuevas tecnologías ofrecen. Insistimos en que austeridad no significa privación de lo necesario. Políticas de austeridad no significan por otra parte simplemente políticas de restricción presupuestaria. Políticas de austeridad significan, para nosotros, la implicación de los ciudadanos en el recorte de los gastos superfluos y en la reordenación del gasto. Sin la participación activa y consciente de una inmensa mayoría de los ciudadanos considero que es imposible la aproximación al Estado de bienestar social que todos -de una manera o de otra anhelamos-. Es necesaria por parte de la ciudadanía la asunción de la responsabilidad pública en su conducta particular; para hacer posible la solidaridad, la participación, que es meta de la acción pública.

En este sentido, las políticas austeras son compatibles, aunque parezca hoy paradójico con la que está cayendo, con una expansión del gasto. Porque la misma es necesaria, debido a que no son satisfactorios aún los niveles de

solidaridad efectiva que hemos conseguido. Sin embargo, expandir el gasto sin racionalizarlo adecuadamente, sin mejorar las prioridades, sin satisfacer demandas justas y elementales de los consumidores, es hacer una contribución al despilfarro. Y aquí no nos detenemos en una consideración moralista de la inconveniencia del gasto superfluo, sino que nos permitimos reclamar que alzando un poco la mirada vayamos más allá y comprendamos la tremenda injusticia que está implícita en el gasto superfluo o irracional cuando hay tantas necesidades perentorias sin atender todavía. Este es el gran problema del momento. Que la irracionalidad invadió el gasto público de estos años y al final la deuda es la que es. Ahora no queda más remedio que recotar lo supérfluo pero sin olvidar, como bien dispone el artículo 31 de la Constitución española, que la equidad, junto a la eficiencia y a la economía, debe estar presente en las políticas de gasto público, también, o sobre todo, en épocas de crisis económica.

La sanidad española, por ejemplo, es expresión, a mi parecer, del profundo grado de solidaridad de nuestra sociedad en todos sus estamentos aunque en algunos casos el gasto público se haya disparado por irracional. Sólo se puede explicar su entramado, ciertamente complejo, avanzado técnico y socialmente -y también muy perfectible- por la acción solidaria de sucesivas generaciones de españoles y por la decidida acción política de gobiernos de variado signo. Pensamos que en este terreno hay méritos indudables de todos. Sobre bases heredadas a lo largo de tantos años, hemos contribuido de modo indudable al desarrollo de una sanidad en algunos sentidos ejemplar. Y con el desarrollo autonómico se han desenvuelto experiencias de gestión que suponen ciertamente un enriquecimiento del modelo -en su pluralismo- para toda España.

Pero si afirmamos que el modelo es perfectible estamos reclamando la necesidad de reformas, que deben ir por el camino de la flexibilización, de la agilización, de la desburocratización, de la racionalización en la asignación de recursos y de su optimización, y de la personalización y humanización en las prestaciones.

Reformas que hoy son más evidentes por el notable despilfarro, también en este ámbito, que se ha producido consecuencia del esquema estático y herrático del modelo de Estado de

bienestar seguido a nivel nacional y también en los espacios territoriales.

Es decir, que en muchos sentidos el modelo sanitario sea ejemplar, no quiere decir que sea viable en los términos en que estaba concebido, ni que no pueda ser mejor orientado de cara a un servicio más extenso y eficaz. En efecto, queda mucho, muchísimo, por hacer. La asistencia sanitaria universal no puede ser una realidad nominal o contable, porque la asistencia debe ser universalmente cualificada desde un punto de vista técnico-médico, inmediata en la perspectiva temporal, personalizada en el trato, porque la centralidad de la persona en nuestras políticas lo exige. Y además debe estar articulada con programas de investigación avanzada; con innovaciones de la gestión que la hagan más eficaz; con una adecuación permanente de medios a las nuevas circunstancias y necesidades; con sistemas que promuevan la competencia a través de la pluralidad de interpretaciones en el modelo que -eso sí- en ningún caso rompan la homogeneidad básica en la prestación, etc.

Además, precisamente por no tratarse de un problema puramente técnico o de gestión, la política sanitaria, y los desafíos del bienestar deben encuadrarse en el marco de la política general, en ella se evidencian los objetivos últimos de la política que ya indiqué: promoción de la libertad -en nuestro caso liberación de las ataduras de la enfermedad-, solidaridad -evidente como en pocos campos en la asistencia sanitaria universal-, y participación activa. Este deber de participación, libremente asumido, enfrenta al ciudadano a su responsabilidad ante el sistema sanitario, para reducir los excesos consumistas; le abre y solicita su aceptación de posibilidades reales de elección; establece límites subjetivos al derecho, que debe interpretarse rectamente no como derecho a la salud estrictamente, sino como derecho a una atención sanitaria cualificada; y plantea también la necesidad de asumir la dimensión social del individuo buscando nuevas fórmulas que de entrada al ámbito familiar -sin recargarlo- en la tarea de humanización de la atención sanitaria.

La persona en el centro de la acción pública, este es, insistimos, el punto de partida, también el de llegada. El bienestar como condición y medio para su desarrollo. La atención sanitaria como objetivo prioritario en las tareas del Estado y de la

sociedad. Por tanto, sin participación ciudadana en el modelo sanitario, diseñado precisamente por y para los ciudadanos, el modelo no tendría sentido alguno desde una perspectiva democrática.

LA PARTICIPACIÓN COMO OBJETIVO Y COMO MÉTODO

La participación la entendemos no sólo como un objetivo que debe conseguirse: mayores posibilidades de participación de los ciudadanos en la cosa pública, mayores cuotas de participación de hecho, libremente asumida, en los asuntos públicos. La participación significa también, un método de trabajo social por constituir la gran directiva del denominado Estado social y democrático de Derecho. En el futuro inmediato, según la apreciación de muchos y salvando el esquematismo, se dirimirá la vida política y social entre la convocatoria de la ciudadanía a una participación cada vez más activa y responsable en las cosas de todos y un individualismo escapista avalado por políticas demagógicas que pretenderán un blando conformismo social. Lamentablemente, ese futuro inmediato pasa, en este tiempo, por el despertar de la conciencia cívica de no pocos ciudadanos que han sucumbido, durante la época de bonanza, a la tentación de ese consumismo convulsivo que se ha apropiado, en beneficio de las tecnoestructuras de todos conocidas, del interés general en los términos descritos en el capítulo anterior.

La política pública democrática significa poner en el centro de su elaboración, implementación, ejecución y evaluación, a las personas destinatarias de dichas actuaciones del poder público, es decir, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, sus ilusiones.

En sentido negativo, las políticas públicas democráticas no pueden atender tan sólo los intereses de un sector, de un grupo, de un segmento social, económico o institucional, ya que una condición básica de estas políticas públicas es el equilibrio, entendiendo por tal, la atención a los intereses de todos. Atender públicamente el interés de algunos, aunque se trate de grupos mayoritarios, significa prescindir de otros, y consecuentemente practicar un exclusivismo que es ajeno al entendimiento democrático de la participación.

Por eso, la determinación de los objetivos de las políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación política que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que una política centrista exige la práctica de la participación como método.

En efecto, tratar la participación como método es hablar de la apertura de la organización **pública** que la quiere practicar, hacia la sociedad. Una organización pública cerrada, vuelta sobre sí misma, no puede pretender captar, representar o servir los intereses propios de la ciudadanía, de los vecinos. La primera condición de esa apertura es una actitud, una disposición, alejada de la suficiencia y de la prepotencia, propias tanto de las formulaciones propias de las ideologías cerradas como de las tecnocráticas o burocratizadas. Pero las actitudes y las disposiciones necesitan instrumentarse, traducirse en procesos y en instrumentos que las hagan reales. Y la primera instrumentación que exige una disposición abierta es la comunicativa, la comunicación.

Las reformas en esta materia deben traducirse, en primer lugar, en estar receptivos, tener la sensibilidad suficiente para captar las preocupaciones e intereses de la sociedad en sus diversos sectores y grupos, en los individuos y colectividades que la integran. Pero no se trata simplemente de apreciaciones globales, de percepciones intuitivas, ni siquiera simplemente de estudios o conclusiones sociométricas. Todos esos elementos y otros posibles son recomendables y hasta precisos, pero la conexión real con los ciudadanos, con los vecinos, con la gente, exige diálogo real. Y diálogo real significa interlocutores reales, concretos, que son los que encarnan las preocupaciones y las ilusiones concretas, las reales, las que pretendemos servir.

Parece que los objetivos políticos son unas concreciones de la pretensión genérica de alcanzar una mejora de la sociedad, del tipo que sea: económica, social o cultural. Ciertamente, se

entiende que todos queremos una sociedad más próspera, más libre y solidaria. Ahora bien, a la hora de concretar el modelo de sociedad, o a la hora de perfilar cual es la vía para aproximarse a ella, es posible incurrir, a veces inconscientemente en contradicciones que puedan, llegar a ser incluso graves.

Por eso, aunque todos coincidiáramos en la expresión general de las metas, tenemos sin embargo planteamientos y objetivos diferentes. Si lo que está en juego es la mejora efectiva de la sociedad, se entenderá que el acierto en la definición de objetivos es la clave para el desarrollo de una actividad pública eficaz. ¿Cuál es, entonces, la finalidad de la acción pública que pretende hacerse desde los postulados de la reforma del Estado de bienestar? A nuestro juicio, una de las finalidades -si no la principal- que mejor definen estas medidas tan relevantes en el presente es la de la participación, la libre participación de la ciudadanía en los asuntos públicos.

Sí, en la libre participación encontramos un elemento central de la vida individual y social de los hombres y de las mujeres, un elemento que contribuye de forma inequívoca a definir el marco de las reformas que realizar desde la dimensión dinámica del Estado de bienestar, que lo que hacen, fundamentalmente, es poner en el foco de su atención a las mismas personas.

La participación, en efecto, supone el reconocimiento de la dimensión social de la persona, la constatación de que sus intereses, sus aspiraciones, sus preocupaciones trascienden el ámbito individual o familiar y se extienden a toda la sociedad en su conjunto. Sólo un ser absolutamente deshumanizado sería capaz de buscar con absoluta exclusividad el interés individual. La universalidad de sentimientos tan básicos como la compasión, la rebelión ante la injusticia, o el carácter comunicativo de la alegría, por ejemplo, demuestran esta disposición del ser humano, derivada de su propia condición y constitución social.

Afirmar por tanto la participación como objetivo tiene la implicación de afirmar que el hombre, cada individuo, debe ser dueño de sí mismo, y no ver reducido el campo de su soberanía personal al ámbito de su intimidad. Una vida humana más rica, de mayor plenitud, exige

de modo irrenunciable una participación real en todas las dimensiones de la vida social, también en la política.

Sin embargo, hay que resaltar que la vida humana, la de cada ser humano de carne y hueso, no se diluye en el todo social. Si resulta monstruoso un individuo movido por la absoluta exclusividad de sus intereses particulares, lo que resulta inimaginable e inconcebible es un individuo capaz de vivir exclusivamente en la esfera de lo colectivo, sin referencia alguna a su identidad personal, es decir, alienado, ajeno enteramente a su realidad individual.

Por este motivo la participación como un absoluto, tal como se pretende desde algunas concepciones organicistas de la sociedad, no es posible. De ahí que nos resulte preferible hablar de libre participación. Porque la referencia a la libertad, además de centrarnos de nuevo en la condición personal del individuo, nos remite a una condición irrenunciable de su participación, su carácter libre, pues sin libertad no hay participación. La participación no es un suceso, ni un proceso mecánico, ni una fórmula para la organización de la vida social. La participación, aunque sea también todo eso, es más: significa la integración del individuo en la vida social, la dimensión activa de su presencia en la sociedad, la posibilidad de desarrollo de las dimensiones sociales del individuo, el protagonismo singularizado de todos los hombres y mujeres. Sin embargo, encontramos en nuestros sistemas con frecuencia aproximaciones taumatúrgicas a la participación. Es decir, se piensa, ingenuamente por un lado, maquiavélicamente por el otro, que la participación existirá y se producirá en la realidad si es que las normas se refieren a ella. Sin embargo, a día de hoy se registra, es verdad, una proliferación de cantos normativos a la participación, que conviven, así es, con una profunda desafección y honda distancia de la ciudadanía respecto a la vida pública.

En efecto, aunque los factores socioeconómicos, por ejemplo, sean importantísimos para la cohesión social, ésta no se consigue solo con ellos, como puedan pensar los tecnócratas y algunos socialistas. Aunque los procedimientos electorales y consultivos sean llave para la vida democrática, ésta no tiene plenitud por el solo hecho de aplicarlos, como pueden pensar algunos liberales. La clave de la cohesión social, la clave de la vida

democrática está en la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos.

En este sentido la participación no puede regularse con decretos ni con reglamentos. Sólo hay real participación -insistimos- si hay participación libre. De la misma manera que la solidaridad no puede ser obligada. Esta relación de semejanza entre participación y solidaridad no es casual, por cuanto un modo efectivo de solidaridad, tal vez uno de los más efectivos, aunque no sea el más espectacular, sea la participación, entendida como la preocupación eficaz por los asuntos públicos, en cuanto son de todos y van más allá de nuestros exclusivos intereses individuales.

Ahora bien, al calificar la participación como libre, nos referimos no sólo a que es optativa sino también a que, en los infinitos aspectos y modos que la participación es posible, es cada vecino quien libremente regula la intensidad, la duración, el campo y la extensión de su participación. En este sentido, la participación -al igual que la solidaridad- es resultado de una opción, de un compromiso, que tiene una clara dimensión ética, ya que supone la asunción del supuesto de que el bien de todos los demás es parte sustantiva del bien propio. Pero aquí nos encontramos en el terreno de los principios, en el que nadie puede ser impelido ni obligado.

De este modo, y aunque sea provisionalmente, cerramos el círculo, en cuanto que se vuelve la atención a la persona concreta, enfrentada a su quehacer político en toda su dimensión social. En esto parece consistir la concepción que se preconiza desde la reforma dinámica del Estado de bienestar: son los hombres y mujeres singulares y concretos quienes reclaman nuestra atención, y para ellos es para quien reclamamos el protagonismo. Y por esto mismo la libre participación en la vida de la sociedad, en sus diversas dimensiones -económica, social, cultural, política- puede erigirse como el objetivo político último, ya que ésta, plenamente realizada, significa, la plenitud de la democracia.

La doble consideración de la participación, como objetivo y como método, podemos, pues, considerarla como otro rasgo que definen las nuevas políticas que se derivan de la formulación dinámica del Estado de bienestar que precisan especialmente las democracias europeas.

Si se considera que uno de los objetivos esenciales de las nuevas políticas públicas es la participación, debemos llamar ahora la atención sobre el hecho de que la participación se constituye también como método para la realización de esas políticas.

En efecto, suponer que la participación es un objetivo que sólo se puede alcanzar al final de un proceso de transformación política, sería caer en uno de los errores fundamentales del dogmatismo político implícito en las ideologías cerradas. El socialismo con la colectivización de los medios de producción; el fascismo con la nacionalización de la vida social, económica, cultural y política; el liberalismo doctrinario -aunque aquí serían necesarias ciertas matizaciones- con la libertad absoluta de mercado, pretenden alcanzar una libertad auténtica que despeje los sucedáneos presentes de la libertad, que no son sino espejismos, engañosas o cadenas que nos sujetan.

Desde las nuevas políticas públicas que se alumbran desde la posición dinámica del Estado de bienestar, la percepción es bien distinta. La libertad y la participación que se presentan como objetivos no son de naturaleza diferente a la libertad y participación de cada ciudadano. Si la libertad y la participación de que gozamos hoy en las sociedades democráticas no fueran reales y auténticas, poco importaría prescindir de ellas -como desde ciertas posiciones ideológicas se puede afirmar-, pero no es así. La raíz de la libertad está en los hombres y mujeres concretos, singulares, no en la vida y en el ser nacional, ni en la liberación de una clase social a la que se reduce toda la sociedad.

Por eso precisamente, porque no es necesario liberar una clase ni una nación para que haya en algún grado libertad auténtica, es por lo que se puede afirmar la autenticidad de la libertad -mejorable, pero auténtica- que en distinta forma y medida todos hemos alcanzado. Proponer la participación como objetivo no significa otra cosa, pues, que desde el estadio presente de libertad y de participación caminar hacia cotas y formas de mayor alcance y profundidad que las actuales, pero contando con lo que tenemos y sin ponerlo frívolamente en juego.

Pretender recorrer este camino sin contar con las personas para quienes se reivindica el protagonismo participativo sería contradictorio,

se incurriría en una incoherencia inaceptable. Y el rigor y la coherencia son valores de primer orden, cuya pérdida traería consigo la pérdida también de los valores de equilibrio y moderación que tan bien definen hoy los nuevos espacios políticos. Se trata, pues, de poner en juego todas las potenciales formas de participación que en este momento enriquecen los tejidos de nuestra sociedad, como condición metodológica para alcanzar grados de participación más altos, sino también nuevos modos de participación.

Desde el punto de vista político tal pretensión pasa necesariamente por la permeabilidad de las formaciones políticas, de los partidos. Esto quiere decir que los partidos tienen que desarrollarse como formaciones abiertas y sensibles a los intereses reales de la sociedad, que son los intereses legítimos de sus integrantes, tomados bien individualmente bien en sus múltiples y variadas dimensiones asociativas, bien en las diversas agrupaciones producto del dinamismo social.

Se comprende perfectamente -la experiencia de nuestra vida democrática lo refrenda- que esta pretensión es ya de por sí un reto político de primer orden, por cuanto la conjugación de la necesaria cohesión -¿disciplina?- interna de los partidos, con la flexibilidad a que nos referimos, constituye por sí misma un ejercicio de equilibrio político imprescindible, de cuyo éxito, me parece, depende la ubicación en la moderación y en la posición reformista.

En efecto, flexibilizar, permeabilizar, es al mismo tiempo una aspiración y un reto. Un partido abierto quiere decir un partido capaz de ponerse en sintonía con los grupos, sectores, segmentos sociales, y capaz, por tanto, de ejercer con eficacia y reconocimiento su representación. Pero es al mismo tiempo, un partido que aumenta aparentemente su vulnerabilidad ante las agresiones derivadas de las ambiciones personales o de los intereses particulares del tipo que sean.

En efecto, la formación ideológica, si podemos llamarla así, nada tiene que aprender de nadie. La vida social y cultural no tiene nada que ofrecerle para enriquecerla, ya que la ideología proporciona las claves completas de interpretación universal, de interpretación de toda la realidad, en su conjunto o en sus partes. Desde el punto de

vista de la ideología, cualquier interpretación o apreciación que se aparte de la ortodoxia ideológica es alienación, disidencia o revisionismo -por simplificar-, y la evolución del pensamiento ideológico parece transformarse finalmente en una escolástica.

En cambio, la mentalidad abierta que caracteriza a las nuevas políticas públicas, su carácter no dogmático, facilita como un rasgo constitutivo la necesidad del diálogo, del intercambio, el imperativo de percibir el sentido de los intereses y las aspiraciones sociales, que constitutivamente están sujetos a permanente mutación.

Es verdad que en las formaciones que denominamos ideologías se producen adaptaciones a las transformaciones sociales, pero, a nuestro entender, éstas sólo pueden tener dos sentidos: el de la atemperación de los contenidos ideológicos, que puede revestir -y ha revestido históricamente- formas diversas, lo que nos situaría ante una auténtica, aunque fuese lejana, aproximación al centro. El otro tipo posible de adaptación sería el de meras acomodaciones tácticas, es decir, cambios de procedimientos en la estrategia de conquista que toda ideología implica.

Mientras que los proyectos ideológicos suponen visiones completas, cerradas y definitivas de la realidad social -también en la dimensión histórica- de esa realidad- las políticas públicas participativas, al elaborarse en un contexto de convicciones sobre la sociedad más restringido, propician un mayor consenso social, y no hipotecan ni ponen en suspenso la libertad personal de quien se suma al proyecto.

Podría finalmente afirmarse que desde la participación se propone una acción pública construida sobre la consulta o la prospección permanente del sentir social. Pues no en absoluto. La política pública así concebida no deja de responder a una concepción tecnocrática, a una reducción de la política a la exclusiva actividad gestora. Este fantasma se diluye si volvemos a la consideración primera de que el objetivo de la participación consiste en propiciar el protagonismo del ciudadano en la vida y la acción públicas. La implicación inmediata es que no hay lugar para un nuevo despotismo ilustrado que conciba la política como una satisfacción de los

intereses de los ciudadanos sin contar con ellos en su consecución.

La participación, junto con la libertad, son objetivos públicos de primer orden. Incluso, por su carácter básico, y por lo que supone de horizonte tendencial nunca plenamente alcanzado, podríamos hablar de la participación como finalidad de la misma acción política en sentido amplio.

La participación política del ciudadano, debe ser entendida como finalidad y también como método. La crisis a la que hoy asisten las democracias, o más genéricamente nuestras sociedades, en las que se habla a veces de una insatisfacción incluso profunda ante el distanciamiento que se produce entre lo que se llama vida oficial y vida real, manifestada en síntomas variados, exige una regeneración permanente de la vida democrática. Pero la vida democrática significa ante todo, la acción y el protagonismo de los ciudadanos, la participación.

Sin embargo, frente a lo que algunos entienden, que consideran la participación únicamente como la participación directa y efectiva en los mecanismos políticos de decisión, ésta debe ser entendida de un modo más general, como protagonismo civil de los ciudadanos, como participación cívica.

En este terreno dos errores de bulto debe evitar el dirigente público. Primero, invadir con su acción los márgenes dilatados de la vida civil, de la sociedad, sometiendo las multiformes manifestaciones de la libre iniciativa de los ciudadanos a sus dictados. Y, segundo, y tan nefasto como el anterior, el de pretender que todos los ciudadanos entren en el juego de la política del mismo modo que él lo hace, ahorrando entonces la constitución social mediante la imposición de un estilo de participación que no es para todos, que no todos están dispuestos a asumir.

No puede verse en esta última afirmación un aplauso para quien decide inhibirse de su responsabilidad política de ciudadano en la cosa pública. Insistimos en que de lo que se trata es de respetar la multitud de fórmulas en que los ciudadanos deciden integrarse, participar en los asuntos públicos, cuyas dimensiones no se reducen, ni muchísimo menos, a los márgenes - que siempre serán estrechos- de lo que llamamos

habitualmente vida política. Tratamos, pues, fundamentalmente de participación cívica, en cualquiera de sus manifestaciones: en la vida asociativa, en el entorno vecinal, en el laboral y empresarial, etc. Y ahí se incluye, en el grado que cada ciudadano considere oportuno, su participación política.

Al dirigente público le corresponde, pues, un protagonismo público, pero la vida política no agota las dimensiones múltiples de la vida cívica, y el responsable público no debe caer en la tentación de erigirse él como único referente de la vida social. La empresa, la ciencia, la cultura, el trabajo, la educación, la vida doméstica, etc. tienen sus propios actores, a los que el dirigente político no puede desplazar o menoscabar sin incurrir en actitudes sectarias absolutamente repudiables.

CONCLUSIÓN

Tratar de participación es, para terminar, tratar también de cooperación. La participación es siempre "participación con". De ahí que el protagonismo de cada individuo es en realidad coprotagonismo, que se traduce necesariamente en la conjugación de dos conceptos claves para la articulación de políticas públicas participativas: autonomía e integración, las dos patas sobre las que se aplica el principio de subsidiariedad. En ningún ámbito de la vida política debe ser absorbido por instancias superiores lo que las inferiores puedan realizar con eficacia y justicia.

Estos dos conceptos, por otra parte, están en correspondencia con la doble dimensión de la persona, la individual y la social, la de su intimidad y la de su exterioridad. Insistimos en que se trata de la doble dimensión de un mismo individuo, no de dos realidades diferenciadas y distantes, que puedan tener una atención diversa. Más bien, la una nunca actúa ni se entiende adecuadamente sin la otra.

Si la libertad –en el plano moral– es en última instancia una consecución, un logro personal; si la participación, el protagonismo en la vida pública –sea por el procedimiento y en el ámbito que sea– sólo puede ser consecuencia de una opción personalmente realizada; la solidaridad es constitutivamente una acción libre, sólo puede comprenderse como un acto de libre participación.

La diversificación de intereses, impulsados por un clima de participación y compromiso cada vez mayores con los asuntos públicos, sobre todo –aunque no exclusivamente–, por parte de los jóvenes, ha culminado en el establecimiento de un denso tejido asociativo, con intereses, sensibilidades e incluso planteamientos políticos diversos. En ese tejido deben buscarse –sin exclusiones preestablecidas– a los interlocutores: asociaciones y colegios profesionales, asociaciones de padres de alumnos, asociaciones de amas de casa, de mujeres, grupos juveniles; entidades deportivas y culturales, organizaciones no gubernamentales, grupos, entidades y asociaciones de la tercera edad, asociaciones parroquiales, grupos y asociaciones ecologistas, sectores industriales y empresariales, consumidores, asociaciones y movimientos vecinales, entidades educativas, órganos de la administración particularmente dirigidos a la atención al público; comisiones de fiestas, medios de comunicación, sociedades gastronómicas, instituciones de recreo y tiempo libre, sociedades de caza y pesca; etc., etc., etc. La capacidad para establecer un diálogo con el más amplio número de representantes sociales será un indicativo de su apertura real a la sociedad.

En ese diálogo no debe olvidarse el objetivo principal que se persigue. No se trata de convencer, ni de transmitir, ni de comunicar algo, sino ante todo y sobre todo, en primer lugar, de escuchar. Y debe recordarse que en diálogo escuchar no comporta una disposición pasiva, sino al contrario, es una disposición activa, indagatoria, que busca el alcance de las palabras del interlocutor, comprender su manera de percibir la realidad, la conformación de sus preocupaciones y la proyección de sus ilusiones y objetivos. Por eso el punto de partida es la correcta disposición de apertura. Sin ella el diálogo será aparente, sólo oiremos lo que queremos oír e interpretaremos de modo sesgado lo que se nos dice. La pretensión de centrarse en los intereses de la ciudadanía será ilusoria.

Ese diálogo debe caracterizarse además por su flexibilidad. Es decir, no se trata de un intercambio rígido y formalista; no es una encuesta, está abierto, y han de ponerse en juego los factores personales y ambientales necesarios para hacerlo más confiado y fructífero. En ese mismo sentido ha de tenerse en cuenta el talante personal del interlocutor y contar también con el propio, para

que la condición de los interlocutores no sea un elemento de distorsión en la comunicación. El diálogo debe conducirse sin limitación en los temas. También interesa conocer, cuando sea el caso el descontento que producimos, a quien y por qué. Y en medio de la multitud de propuestas de solución que se darán, habrá que resaltar que interesa considerarlas todas, pero de modo muy especial las que tengan como rasgo el equilibrio propio del centro, es decir, las que toman en consideración a todos los sectores afectados por el problema que se trate o la meta que se persiga, y no sólo al propio.

El diagnóstico que se pretende constituye un ejercicio público real, por su objetivo -comprender las aspiraciones de nuestra sociedad en su complejidad estructural-, por el procedimiento -comunicación-, por los juicios de valor que lleva aparejados -en cuanto a urgencia, importancia y precedencia de las cuestiones que se planteen-. Por otra parte, sustanciar un diálogo en estas condiciones comporta una mejora ética del dirigente público, porque sólo con un ejercicio de sinceridad y autenticidad podrá ponerse en el lugar de la ciudadanía a la que sirve.

No hay mejor modo de transmitir a las personas la importancia y la necesidad de su participación en los asuntos públicos que practicarla efectivamente. Fue Tocqueville (2003), el que acuñó esa fantástica expresión que tan bien describe la sintomatología de las democracias enfermas: el despotismo blando. Sí, cuando el efecto de la acción pública -oficial- consigue anular la capacidad de iniciativa de los ciudadanos y cuando la ciudadanía se recluye en lo más íntimo de su conciencia y se retrae de la vida pública, entonces algo grave pasa.

Sabemos que fruto de ese Estado de malestar que inundó Europa en estos años previos a la crisis, es el progresivo apartamiento del pueblo de las cosas comunes. Poco a poco, los intérpretes oficiales de la realidad pintaron, con gran eficacia, con pingües subvenciones el paisaje más proclive para los que ansían la perpetuación en el poder. Se narcotizaron las preocupaciones de los ciudadanos a través de una rancia política de promesas y promesas entonada desde esa cúpula que amenaza, que señala y que etiqueta. Quien quiera levantar su voz en una sintonía que no sea la de la nomenclatura está condenado a la marginación. Quien se atreva a poner el dedo en la llaga, corre serios peligros de perder hasta su puesto de trabajo. Hay quien sabe que vive en un mundo de ficción, pero no tiene los arrestos necesarios para levantar el telón. Es el miedo a la libertad, es el pánico a escuchar los problemas reales de la ciudadanía, es la comodidad de no complicarse la vida, es el peligro de perder la posición. En una palabra, es la "mejor" forma de controlar una sociedad que vive amordazada.

Uno de los pensadores más agudos del momento, Taylor nos advierte contra uno de los peligros que gravita sobre la saludable cultura política de la participación, sea en el entramado político o comunitario, al señalar

(...) cuando disminuye la participación, cuando se extinguen las asociaciones básicas que operan como vehículos de ella, el ciudadano individual se queda sólo ante el vasto Estado burocrático y se siente, con razón, impotente. Con ello, se desmotiva al ciudadano aún más, y se cierra el círculo vicioso del despotismo blando. (Taylor 1944).

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, La política, Madrid, 1974.
- LORD ACTON, A study in conscience and politics, San Francisco, 1993.
- ALBERT, M. Capitalisme contra capitalisme, París, 1990.
- ARANGUREN, J.L. Etica y Política, Madrid, 1985.
- ARGANDOÑA, A. La dimensión ética de las instituciones y los mercados financieros, Madrid, 1995.
- BALLESTEROS, J. Postmodernidad, Madrid, 1989.
- BERLIN, I. Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, 1998.
- BUTTIGLIONE, R. El hombre y el trabajo, Madrid, 1984.
- BURKE, E. Reflexiones sobre la revolución en Francia, Madrid, 2003.
- CAMPS, V. Virtudes públicas, Madrid, 1990.
- CONSTANT, B. Escritos Políticos, Madrid, 1989.
- DEL NOCE, A. Agonía de la sociedad opulenta, Pamplona, 1999.
- DEWEY, J. Democracia y educación, Madrid, 1997.
- FRIEDRICH, C.J. Totalitarian dictatorship and autocracy, Londres, 1956.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. La dignidad de la persona, Madrid, 1986.
- HABERMAS, J. El discurso filosófico de la modernidad, Madrid, 2008.
- HAMMARSKJOLD, D. Markings, Londres, 1982.
- HAVEL, V. The end of the modern era, New York, 1992.
- HEGEL, G. Filosofía del Derecho, Madrid, 1968.
- HUME, D. Tratado de la naturaleza humana, Madrid, 1984.
- INNERARITY, D. El Nuevo espacio público, Madrid, 2006.
- IZQUIERDO, A. Etica y Administración, Madrid, 1994.
- Cambridge, 1985.
- MAQUIAVELO, N. Discursos sobre la primera década de Tito Livio, Madrid, 2000.
- MELÉ, D. Etica en la dirección de empresas, Madrid, 1997.
- MENY, Y. Las políticas públicas, Madrid, 1992.
- MESSNER, J. La cuestión social, Madrid 1960.
- C.S. MONTESQUIEU, Del espíritu de las leyes, Madrid 1960.
- NYE, J.F. Power and interdependence, Londres, 1975.
- OFFE, C. Contradictions of the welfare state, London, 1984.
- OLLERO, A. Interpretación del derecho y positivismo legalista, Pamplona, 1982.
- ORTEGA Y GASSET, J. La decadencia de Occidente, Madrid, 1958.
- PAZ, O. Corriente alterna, México, 1997.
- PECES BARBA, G. Derechos fundamentales, Madrid, 1976.
- PERELMAN, G. Tratado de la argumentación, Madrid, 1989.
- POPPER, K. La sociedad abierta y sus enemigos, Madrid, 1981.
- RAMIREZ, M. La participación política, Madrid, 1985.
- REVEL, J. El conocimiento útil, Madrid, 1989.
- ROSE-ACKERMAN, S. Corruption and development, Washington, 1997.
- ROUSSEAU, J. The social contract, Yale, 2002.
- SARTORI, G. Homo videns: la sociedad teledirigida, Madrid, 2001.
- SEBRELI, J. El asedio a la modernidad, Madrid, 1992.
- STUART MILL, J. Sobre la libertad, Madrid, 1995.
- SERNA, P. Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos, Pamplona, 1990.

- SOTELO, I. Educación y democracia, Madrid, 1995.
- SPAEMANN, R. Ética: cuestiones fundamentales, Madrid, 1998.
- DE TOCQUEVILLE, A. La democracia en América, Londres, 2003.
- TAYLOR, C. Ética de la Autenticidad, Paidós, Buenos Aires, 1994.
- TOURAINE, A. Crisis de la modernidad, Madrid, 1993.
- TUSELL, J. El conocimiento inútil, Madrid, 1989.
- USLAR PETRI, J. La creación del nuevo mundo, Madrid, 1992.
- WOLFE, A. The power elite, Oxford, 2000.

**LA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS COMO
CATEGORÍA LEGAL, A PARTIR DE LAS
MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL
DERECHO INMOBILIARIO CUBANO***

**THE OCCUPATION OF DWELLINGS AS LE-
GAL CATEGORY FROM THE AMENDMENTS
TO THE CUBAN REAL ESTATE LAW**

**A OCUPAÇÃO DA HABITAÇÃO COMO UMA
CATEGORIA JURÍDICA, A PARTIR DAS
ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS NA LEI CUBANA
DE IMÓVEIS**

Erick Ortega García^a

erickog@ult.edu.cu

Fecha de recepción: 8 de Septiembre 2014

Fecha de revisión: 1 de Octubre 2014

Fecha de aceptación: 22 de Octubre 2014

RESUMEN

El hombre, como ser social, se encuentra estrechamente ligado a sus congéneres; es por eso que durante el transcurso de la vida podemos apreciar que existe un camino a ser seguido por todos los seres humanos, y es el de la convivencia u ocupación conjunta de un espacio habitacional entre sí.

En Cuba, y a partir de la entrada en vigor del Decreto Ley 288/11 del Consejo de Estado, modificativo de la Ley General de la Vivienda,

** Artículo de reflexión.*

a. El autor es Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Camagüey, Cuba, en Julio de 2002. A partir de entonces recibió diferentes estudios posgraduados como el Curso Básico de Derecho sobre la Vivienda, impartido por el Instituto Nacional de la Vivienda de Cuba, La Habana, Marzo/2003. Curso: Metodología de la Investigación, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Octubre/2004. Curso de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Octubre/2004. Curso: "Tendencias actuales del Derecho Empresarial", Universidad Iberoamericana de Puebla, México, Septiembre/2009. Especialidad de Postgrado en Derecho Civil y Patrimonial de Familia. Universidad de Camagüey, Septiembre/2009. Seminario Internacional "Derecho Internacional Público", Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España. Junio/2013. Curso: "Participación, Desarrollo Local y Soberanía Alimentaria". Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Noviembre de 2013. Curso: "Redacción científica". Universidad de Las Tunas, Marzo/2014. Se desempeña en la actualidad como Profesor Principal de Año Académico de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Las Tunas, en donde imparte las asignaturas de Derecho Civil General y Derecho Sobre Bienes. Es Profesor Asistente. Es miembro de la Junta Directiva Provincial y de los Capítulos de Derecho Civil y Familia y Derecho

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Internacionales
Núm. 7, Año 2014
enero-diciembre, pp. 83-99.
ISSN 1794-600X

se implementó en la reformulación de los artículos 77.4 y 81.5 un nuevo derecho constituido como la ocupación, que traspasa los marcos del ya establecido derecho a la convivencia.

Tales condiciones novedosas en su aplicación y doctrina, propiciaron el desarrollo de la investigación, en la que se identificó como situación problemática la ausencia de un régimen jurídico que defina el sentido y alcance de los derechos a la ocupación instrumentados con el Decreto-Ley 288/11 del Consejo de Estado.

Se ofreció además como resultado la formulación de las pautas generales que deben de tenerse en cuenta en la definición y regulación de los aspectos concernientes al régimen de la ocupación en Cuba, en cuanto a la determinación de su extensión y efectos.

PALABRAS CLAVES

Ocupación, vivienda, convivencia, residencia, domicilio.

ABSTRACT:

The man, as a social being is closely bound to his fellow men; it is for that reason that during the course of life we can appreciate that exists a way to being followed by all human beings, it is cohabitation or group occupation of a habitable space.

In Cuba, and starting from the promulgation of the Ordinance Law 288/11 of the Council of State, changer of the General Law of Housing, was implemented in the articles 77.4 and 81.5 a new right constituted as the occupation that already passes over the marks of the established right to the daily coexistence.

Such novel conditions in their application and doctrine, propitiated the development of the investigation, in which was identified as a problem the absence of a juridical regime that defines the sense and reach from the rights to the occupation orchestrated with the Ordinance-Law 288/11 of the Council of State.

Notarial en la Sede Provincial de Las Tunas de la Unión Nacional de Juristas de Cuba. Han impartido Cursos Postgrados en materia Inmobiliaria y de Familia. Han participado en Eventos Internacionales, desarrollando una amplia producción científica de investigaciones que fueron presentadas en diversos eventos provinciales, nacionales e internacionales.

This investigation also offered as a result the formulation of the general rules that should keep in mind in the definition and regulation from the concerning aspects to the regime of the occupation in Cuba, as for the determination of its extension and effects.

KEY WORDS:

Occupation, housing, cohabitation, residence, address

RESUMO

O homem, enquanto ser social, está intimamente ligado aos seus semelhantes; é por isso que, durante o curso da vida, pode-se observar que existe um caminho a ser percorrido por todos os seres humanos – a coexistência ou ocupação conjunta de um espaço de convivência.

Em Cuba, e após a entrada em vigor do Decreto-Lei 288/11 do Conselho de Estado, que altera a Lei Geral da Habitação, foi implementado, na reformulação dos artigos 77.4 e 81.5, um novo Direito de Ocupação, que vai além dos marcos do já estabelecido Direito à Convivência.

Essas novas condições, em sua aplicação e doutrina, levam ao desenvolvimento da pesquisa, na qual a ausência de um regime jurídico que defina o significado e o alcance dos direitos de ocupação, instrumentados com o Decreto-Lei 28.811 do Conselho de Estado, foi identificada como o problema.

Também ofereceu-se como resultado a formulação de diretrizes gerais que devem ser consideradas na definição e regulamentação dos aspectos referentes ao regime de ocupação em Cuba, em termos de determinação de sua extensão e efeitos.

PALAVRAS-CHAVE

Emprego, habitação, convivência, residência, domicílio.

INTRODUCCIÓN

El tema de la ocupación es uno de los más interesantes y típicos del Derecho Inmobiliario

cubano, por su importancia y trascendencia para la adquisición de viviendas ante determinadas situaciones de hecho y entrañando a su vez incongruencias e incompatibilidades en el complejo ámbito de la ocupación conjunta de un mismo espacio habitacional.

Lo cierto es que en el desarrollo de la ocupación se encuentran tropiezos, que en algunas circunstancias son fáciles de sortear, pero otras veces desembocan en problemas, conflictos y crisis en las que cada cual trata de defender sus presuntos derechos ante la situación creada. Lamentablemente, en ocasiones, el conflicto es concebido como una situación desagradable que genera reacciones negativas en actitudes violentas que causan daños y que, más bien, agudizan las diferencias en vez de resolverlas.

Ante tales dificultades, variadas y complejas son las soluciones que en el orden práctico se ejercen en el mundo entero, marcado por una protección desmesurada y a toda costa del derecho del propietario del inmueble sobre el que se desarrolla la ocupación o convivencia, independientemente de los rasgos filiatorios o consanguíneos que existan entre las partes.

Cuba no escapa de estas disensiones y en tal sentido ha intentado aplicar fórmulas que, de alguna manera, regulen de forma más justa las condiciones, derechos y obligaciones en todo lo que a la convivencia y ocupación conjunta de vivienda se trata. No podemos obviar varios factores que influyen en la complejidad y gravedad de estas situaciones marcadas por el significativo problema habitacional existente, donde cada familia no posee asegurado un inmueble para desarrollarse a plenitud, así como factores culturales y sociales que hacen de cada situación un caso *sui generis* con respecto a los demás.

Dentro de estas fórmulas se encuentran las reguladas en los artículos 64 y 65 de la Ley 65 "Ley General de la Vivienda", que dan posibilidad de mantener o afectar la convivencia que sobre un inmueble desarrolla aquél que no resulta su titular, ante la intención de éste de interferir su co-ocupación, y las recientemente introducidas con la modificación realizada a la Ley General de la Vivienda (LGV) a través del Decreto Ley 288/11 del Consejo de Estado en sus artículos 77.4 y 81.5.

Aunque de la convivencia se ha abordado a plenitud su régimen, trascendencia y efectos,

consideramos necesario retomar este tema a partir de cuestiones que, con respecto a la ocupación, han escapado de la valoración del legislador al crear lagunas legales que aún hoy no poseen solución legal, en cuanto a la extensión de este derecho y sus diferencias con el ya asentado régimen de la convivencia, y otros términos ya establecidos, resulta el polémico caso del "lugar de origen". Esta problemática resulta de vital trascendencia en la sociedad cubana de hoy, acarreado su reciente regulación interpretaciones desacertadas en cuanto a su régimen y extensión, equiparándose en muchos casos a la convivencia.

METODOLOGÍA

Partiendo de estos elementos consideramos necesaria una investigación desde el punto de vista doctrinal a fin de definir el nuevo régimen de la ocupación, sus puntos de confluencia con la convivencia y la trascendencia que para las partes involucradas poseen sus efectos legales. En el estudio del tema resulta referente obligado la concepción misma de la ocupación como fuente generadora de la adquisición de la propiedad en el Régimen del Derecho Inmobiliario Cubano, resultando indispensable el estudio de las instituciones de esta materia, en cuyo contexto jurídico-práctico se enmarca la ocupación.

En la realización de esta investigación se utilizaron diferentes métodos teóricos, como el teórico-lógico, utilizado para realizar un estudio de los antecedentes doctrinales de la ocupación en Cuba y sus rasgos distintivos. El método jurídico descriptivo, a través del cual se logró ilustrar los diferentes fenómenos jurídicos trascendentes al régimen de la propiedad de la vivienda en Cuba, lográndose justificar su mejor instrumentación en el Derecho cubano.

Además se utilizó el análisis documental y de síntesis, que permitió conocer las particularidades de los elementos que constituyen la ocupación, propiciando un conocimiento basto, referente al tema que contribuya a validar la necesidad de definición del régimen jurídico para la ocupación de viviendas en Cuba, de acuerdo a los presupuestos específicos que permitan determinar la extensión y alcance de este derecho.

LA OCUPACIÓN COMO CATEGORÍA JURÍDICA EN LA CONCEPCIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Si históricamente el derecho de ocupación puede considerarse como el primero de los modos de adquirir el dominio, y el más importante de todos en los comienzos de las sociedades humanas, su esfera de aplicación en el ordenamiento moderno es muy restringida, al resultar escasos en la sociedad actual el número de bienes que no tienen propietario reconocido, de ahí que en la doctrina internacional no exista posibilidad alguna de su reconocimiento aislado del derecho real de propiedad. Para un acercamiento a la configuración doctrinal de este derecho, se impone un análisis desde sus orígenes.

Definición de la ocupación desde su proyección romanista

Las corrientes doctrinales más antiguas¹ sostienen que hubo un momento o estado social (de aislamiento), en que los bienes eran comunes y que, por lo tanto, cada hombre podía ocupar lo referido para satisfacer sus necesidades básicas². Esta ocupación lo convertía en propietario; por lo que una vez sentado el permiso divino, el hombre estuvo desde entonces en el derecho de hacerse dueño de los bienes de la tierra; necesitando para conseguir que fuera tenido como excluido el derecho común de los demás sobre la cosa que quedaban en posesión, una convención con la institución de propiedad, acorde con las máximas de la recta razón, sobre cuya asiento se fundan las convenciones humanas.

Al advenir el Estado Social, se produjo una sustitución del estado posesorio natural por la necesidad de "título justificado del derecho". Sus defensores más caracterizados son Hugo Grocio y Pufendorff³, de la Escuela del Derecho Natural. En efecto, Pufendorf afirma que no hay precepto

alguno de derecho natural que regule el reparto general de todos los bienes para asignarlos como cosa propia. En su lugar, lo que hace la ley natural es aconsejar el establecimiento de la propiedad, cuando lo requiera la conveniencia de la sociedad humana; dejando a la prudencia social solo aquellas cosas que deben ser ocupadas o poseídas, separadamente o pro indiviso, abandonando las otras al primer ocupante.

Dentro de los partidarios de esta corriente se incluye Burlamaqui, para quien lo que ha producido la propiedad es la toma de posesión de lo que no tiene dueño, cuya comprensión considera al trabajo como elemento determinante en el aumento de su valor; siendo justo que el suelo sea de quien ha añadido dicho valor. Consideración ésta insuficiente, aunque admisible, porque si bien explica el origen histórico de la propiedad, no sirve para otorgarle un fundamento racional. La simple ocupación no justifica que los demás tengan que respetar el derecho del primer ocupante. Es por ello que la propiedad no puede consistir en un hecho arbitrario cuya estabilidad solo dependerá de la fuerza.

De acuerdo a la actual concesión entre importantes juriconsultos, el derecho de ocupación o del primer ocupante, como también es conocido en la doctrina, es el que nace de la posesión actual, física, y efectiva de la cosa; de donde surge el criterio universal que presume al ocupante de un bien mueble o inmueble como dueño en tanto que no se demuestre lo contrario. Tal derecho no requiere legitimidad, sino reciprocidad.

La ocupación se configura entonces, en sentido lato, en la expresión externa y perceptible del ejercicio de un poder sobre un objeto, definiéndose en el plano jurídico como posesión o detentación, al percibirse esa situación, como ya se ha referido, sin indagar sobre su legitimidad. Así entendido, la ocupación tiene como fundamento la actividad social de los sujetos sobre los bienes expresados en lo material, más que en lo subjetivo y lo normativo.

A partir de las construcciones doctrinales del Derecho Romano desarrollado posteriormente por el Derecho Canónico medieval, se consideró que toda situación de detentación, como status quo, debía ser admitida y protegida *prima facie* frente a quienes pretendieran atacarla o desconocerla. Luego, el fundamento de la

¹ Aparecen en la Edad Media con el renacimiento del Derecho Romano.

² Solo necesitan extender la mano para apropiarse de los bienes que necesitan y que tan abundantemente se le ofrecían.

³ Samuel Pufendorf (1632-1694), realizó importantes aportaciones al problema ius-naturalista, al considerar como principio supremo del derecho natural aquel que pondera al hombre por encima de su condición humana (la imbecillitas o debilidad). En su intento por formular los contenidos materiales del programa del derecho natural esbozado por Grocio, en la observación empírica de la naturaleza humana, encuentra como rasgo más saliente la imbecillitas, o el desamparo del hombre entregado a sí mismo.

protección posesoria es la conservación temporal de un status y no necesariamente la definición de un título eficiente para poseer. Todo ello genera que la ocupación se constituya doctrinalmente en el dominio que sobre una cosa apropiable ejerce un sujeto y sobre el que se constituye una relación jurídica real que resulta susceptible de protección legal, tal como hoy se constituyen las acciones de protección al estado posesorio⁴.

Visto así, desde el Derecho Romano, la ocupación, o derecho a ella, ha logrado manifestarse a través de la detentación material, aceptándose además su configuración legal mediante presunciones jurídicas, para las que el contacto físico directo entre el detentador y la cosa no es la noción de poder de hecho, sino la noción del ámbito o esfera de control. Desde este punto de vista, esta doctrina reconoce a la ocupación constituida como derecho nacido también de presunciones a favor del dominio y otros derechos reales, en circunstancias en que una persona no está tangiblemente ligada a la cosa, pero conserva una potencialidad de estarlo, como sucede en la presunción del dominio.

Para este caso el dueño de un bien, por medio del *ius possidendi*, se presume que conserva poderes efectivos sobre una cosa sólo en virtud de su título y status; y mientras no haya transcurrido en su contra la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria o la usucapión, podrá hacer coincidir su derecho a poseer (*ius possidendi*) con su derecho de posesión o poder de hecho (*ius possessionis*). Entre tanto dicha coincidencia se produzca, el dueño continua poseyendo *solo animo*.

Esta doctrina ha llegado al Derecho Inmobiliario cubano a través de la potestad que el Estado reserva al titular de un bien inmueble, para que su ocupación siempre se presuma, aunque efectivamente esta no tenga lugar, y en tal sentido resulta totalmente apto para ejercer todas y cada una de las facultades que la ley reserva para los propietarios de inmuebles, cuyo derecho en nada lacera la desocupación física. Apreciándose así que el derecho de propiedad en sí mismo no responde a causas naturales, sino a los actos humanos que generan la adquisición.

El Código Civil español, por citar un ejemplo, reconoce la ocupación como modo de adquirir el dominio, y lo incluye entre los enumerados en el artículo 609, pues el propio artículo 610 refrenda la adquisición por la ocupación de los bienes apropiables por su naturaleza que carezcan de dueño, como los animales que son objeto de caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas.

La definición seguida por la doctrina alemana de la posesión, nos acerca a las cualidades que, de acuerdo a sus postulados, no deben faltar a la ocupación en sí misma, pues al decir de Rudolf Von Ihering, la posesión es la ocupación exclusiva de la cosa, con el ánimo de tenerla y usarla como propietario, porque la posesión no es, en general, más que el ejercicio de la propiedad, determinado por el *animus domini*.

De acuerdo a esta teoría, el ocupante que no tiene más que la posesión derivada, y al cual falta en absoluto el *animus domini*, no lo es, al no concedérsele más que la *possessio ad interdicta*; esto es lo que hoy se llama una posesión derivada. Para Mühlenbruch existen dos especies de posesión, y son los casos de posesión derivada definidos como anomalías que deben explicarse por la historia cuyos efectos subsisten, aun cuando los motivos de los mismos hayan desaparecido⁵.

Puede entonces conceptualizarse a la ocupación como la adquisición del dominio por la aprehensión material o por la sujeción al señorío de la voluntad del ocupante de las cosas que el ordenamiento jurídico considera susceptibles de ella. Es, pues, en la doctrina internacional un modo de adquirir basado en la toma de posesión, en el que se debe detectar, siempre una voluntad de sujetar la cosa, pues en contrario caso no hay forma de posesión, ni ocupación.

La ocupación en el Derecho Moderno

Las legislaciones modernas tienden a atribuir al Estado la propiedad de los inmuebles que carecen de dueño. Este dogma fue asumido en la Edad Moderna a partir del siglo XX, en sistemas normativos como el español, cuya legislación lo reguló por vez primera a partir de la Ley No. 8 de 1935. Ya para la promulgación del Código

⁴ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*, 4ª edición, anotada y concordada por SERRANO SUÑER, Ramón y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, José, Madrid Reus SA, 1997, pp. 593-598.

⁵ VON IHERING, Rudolf, *La posesión*, 2ª edición, Madrid, Reus SA, 2003, pp. 477-478

Civil español, se planteó el problema que duda en considerar a los inmuebles como bienes aptos o no para ser ocupados, pues a pesar de ser enumerados en el artículo 610 de dicha norma, se sostenía por los jurisconsultos que esa enumeración no era exhaustiva.

Esta polémica ya fue resuelta con la promulgación de la Ley española del Patrimonio del Estado de 1964, la que expresamente declara que pertenecen al Estado, como bienes patrimoniales, los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido. Los bienes se entenderán adquiridos por el Estado y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior al año, debiendo el Estado entablar la acción que corresponda, ante la jurisdicción ordinaria. El inmueble entonces no se halla vacante sino sin dueño conocido.

Tales bienes no son del dominio público, sino que pertenecen automáticamente al Estado como bienes privados. La terminología que usa tanto la ley de 1964 como su antecedente de 1835, no es un modelo de claridad. Habla de «bienes vacantes y sin dueño conocido», cuando en realidad debía referirse a los bienes inmuebles que carecen de dueño exclusivamente. El que el bien esté «vacante» parece sinónimo de bien que no está poseído por nadie, pudiendo ser ocupado por un tercero y no por ello el Estado deja de adquirirlo. A su vez el no tener «dueño conocido» debe equivaler lógicamente a falta de dueño, porque si lo tiene, aunque no se conozca quién es, no da lugar a ninguna adquisición por el Estado.

El Código Civil cubano, fiel seguidor de la doctrina española, señala en su artículo 136 como bienes que integran la propiedad estatal las tierras que no pertenezcan a nadie, al igual que el subsuelo, las minas, los recursos marítimos naturales y vivos dentro de la zona económica de la República, los bosques, las aguas y las vías de comunicación. Además impide expresamente en el artículo 185.1 la adquisición por usucapión de los bienes de propiedad estatal. Reserva a su vez a la propiedad estatal el dinero, alhajas u otros bienes de valor, ocultos en la tierra, en el mar o en otros lugares y cuya legítima pertenencia no conste, de acuerdo al artículo 195.1 del propio cuerpo normativo.

Para el Derecho español, sin embargo, la adquisición por el Estado es automática, aunque, si el bien está poseído por un tercero con posesión superior a un año, la ley obliga al Estado a entablar «la acción que corresponda», sin que pueda tomar posesión del bien en vía administrativa. Esta acción debe ser la reivindicatoria pues aquella posesión no paraliza la adquisición de la propiedad por el Estado, la que bien puede accionarse contra todo poseedor que no es propietario. El artículo 22 de la Ley de 1964 expresa que corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos sin título por entidades o particulares, pudiendo reivindicarlos con arreglo a las leyes.

La aplicación de la acción reivindicatoria procede únicamente a las cosas que no tienen dueño (*res-nellius*), ya sea que no lo hayan tenido nunca, ya lo hayan tenido y lo perdieran por abandono que de ellas hiciere el propietario (*res derelictae*), pudiendo ser objeto de la propiedad de alguien, sin que proceda en las que no son comerciables. En la actual organización del régimen de la propiedad inmobiliaria española, recibe una restringida aplicación en orden a los inmuebles de los cuales es muy difícil hallar alguno que no pertenezca a los particulares o al Estado o a los entes públicos.

Se aprecia también en la trascendencia que a la ocupación imprime la doctrina española la necesaria exclusión de hecho y de derecho a la ocupabilidad de los inmuebles del régimen de propiedad inmobiliaria, basada en que su normativa declara las cosas que pueden ser objeto de la ocupación, aludiendo únicamente los animales objeto de la caza y de la pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas, limitándose sólo a los bienes muebles y no los inmuebles. Refiere a su vez las personas y los entes a las que los bienes pertenecen, declarando que éstos son del Estado o de las provincias o Municipios o de los establecimientos públicos o de los particulares, de modo que cuando no pertenezcan a los particulares o a los entes menores, deben pertenecer al patrimonio del Estado; en el ordenamiento catastral y fiscal vigente, según el cual cada parte del territorio del reino es atribuida a un titular, no siendo permitido el libre abandono de los inmuebles.

El hecho es que tales razones no poseen fuerza suficiente para excluir la posibilidad teórica de

la adquisición de inmuebles por ocupación, pues tal como reconoce la legislación sustantiva civil cubana en su artículo 186.1 los bienes inmuebles urbanos pueden ser susceptibles de adquisición por la usucapión generada de la ocupación durante cinco años, con causa legítima y de buena fe, no siendo eficaz para adquirir la propiedad, la posesión meramente tolerada por el dueño u obtenida clandestinamente o sin conocimiento del poseedor legítimo o con violencia. A tono con esta normativa se enlaza el Código Civil francés, que en su artículo 713 reconoce que los bienes que no tienen dueño corresponden al Estado, de modo que los casos de ocupación de bienes por particulares se consideran como renuncia del Estado a su privilegio.

La definición misma del derecho de propiedad subsume incorregiblemente a la ocupación encontrando criterios que la enmarcan dentro de los derechos civiles con la particularidad de ser originada por la ocupación y sancionada por la ley; otros sostienen que es un derecho natural, que tiene por fuente el trabajo. Sin embargo, ni el trabajo, ni la ocupación, ni la ley, pueden engendrar la propiedad, pues ésta es un efecto sin causa.

La ocupación en los bienes y derechos puede valorarse desde dos perspectivas distintas y son: como el de dueño, o como el tenedor de la cosa -o derechos para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona-. Existe así el poseedor de buena fe, quien ignora que en su título o modo de adquirir concurre algún vicio que lo invalide; y poseedor de mala fe, en el caso contrario. Si la posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseídos, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho, entonces los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión⁶.

Todo poseedor u ocupante tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión, por los medios que la ley y sus procedimientos establece. De ahí que sólo la

posesión del que adquiere y disfruta en concepto de dueño, puede servir de título para adquirir el dominio.

Los postulados anteriores refrendan la actual posición de la ocupación cosas inmuebles en el Derecho Moderno no se pierde clandestinamente, es decir, sin saberlo el poseedor. Esta pérdida no tiene lugar sino cuando éste adquiere conocimiento de la ocupación por otro. Si entonces el ocupante no cede voluntariamente, se puede accionar contra él; se colige entonces que el Derecho Moderno ve en esta aprehensión arbitraria de la posesión, cuando no ha quedado reducido a simple tentativa, una conducta violenta. La posesión de las cosas muebles se pierde clandestinamente, pero, por lo general, tal aprehensión cae bajo la noción *del-furtum* o de la defensa privada, y los remedios jurídicos que de ella nacen bastarán. Por otra parte, no se puede invocar, en la duda, la posibilidad de obtener la restitución de esas cosas.

Antecedentes del término “ocupación” en el Derecho Inmobiliario Cubano

Antes del triunfo de la Revolución, en 1959, el cese de convivencia o declaración de conviviente indeseado de un ocupante por su titular eran normalmente conocidos por los denominados juzgados. Bastaba la promoción y conocimiento del mismo para que se determinara su desocupación a través de los conocidos procesos de desahucio practicados además por los propietarios, sobre los inquilinos que incumplían con el pago de las mensualidades establecidas. Para tales casos no era necesario asegurar un lugar de reubicación de los desahuciados sino que éstos eran simplemente desalojados.

Una de las primeras leyes del Gobierno Revolucionario, la Ley No. 26, de 26 de enero de 1959, suspendió los lanzamientos dispuestos por el Juzgado en los juicios de desahucios pendientes de ejecución y prorrogado por la Ley 503 de agosto de 1959, por lo que no se produjo desde enero de 1959 un solo desalojo más. Fue entonces que a partir del Acuerdo 113 del 24 de julio de 1962 del Consejo Superior de la Reforma Urbana, complementado por las Instrucciones de 4 de febrero de 1963 que comienzan a regularse los conocidos procesos contra convivientes u ocupantes. De acuerdo a la letra de aquel acuerdo estos procesos podían ser dirigidos contra

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil, Volumen III Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1997 pp.189-195.

cualquier ocupante que conviviera con otros en un mismo inmueble y tendiere a perturbar o despojar a éstos de sus derechos. Este procedimiento se instruía en las Oficinas Regionales de la Reforma Urbana, con audiencia de las partes y prácticas de pruebas.

Fue precisamente la Ley de Reforma Urbana promulgada el 14 de octubre de 1960, la normativa que abrió la posibilidad de que los inquilinos de arrendamientos pudieran adquirir la propiedad de la vivienda que ocupaban mediante el pago mensual de la misma cantidad que pagaban como renta, durante un número de años no menos de cinco ni mayor de veinte, según la fecha de construcción. Proscribió a su vez el arrendamiento de inmuebles como cualquier otro negocio que implicare la cesión total o parcial de un inmueble urbano. Al amparo de esta Ley se convirtieron en propietarios cerca de 200,000 familias. Pero, según la posterior Ley No. 1033 la morosidad en el pago de la renta por más de tres meses era causa para perder el derecho de adquirir la propiedad, quedando el ocupante como usufructuario⁷.

Los procesos seguidos en este entonces para cesar la convivencia e interrumpir la ocupación de la vivienda por personas no deseadas por los titulares, eran sustanciados a través de la Oficina Regional cuyo fallo, por virtud de lo dispuesto en la RU-7 de marzo 1 de 1968, era impugnabile por ante la Comisión de Recursos de alzada correspondientes, quien podía disponer inclusive el traslado del conviviente a una habitación, aunque esta medida extrema sólo se aplicó con carácter excepcional. Más adelante la RU-15 del 25 de junio de 1973, dispuso la posibilidad de cesar la convivencia u ocupación legal temporal, tal como lo definía, por el propietario u ocupante legal principal, la que se hacía efectiva a través de las Oficinas Regionales a través de la declaración de ocupantes ilegales de aquellas personas. Fue esta la primera vez que se utilizó el término para definir el uso de un bien inmueble que, podría resultar temporal, legal o ilegal.

La Ley No. 48 de 1985 estableció la transferencia de la propiedad a favor de estos "usufructuarios onerosos". Igualmente legalizó la ocupación de otro numeroso grupo de ocupantes,

como los que habían construido en terreno estatal, convertido una vivienda inhabitable, un cuarto o habitación en adecuada y otros supuestos, a los que llamó "ocupantes legítimos"⁸ con derecho también a transferir la propiedad. Esta vez se utiliza el término para designar el derecho real contraído sobre un bien, el que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la actual Ley General de la Vivienda el 23 de diciembre de 1988, en la que se reconocen otros tipos de ocupación.

La regulación del cese de convivencia en la Ley General de la Vivienda y su trascendencia en la protección de la ocupación de viviendas

Con la entrada en vigor de la Ley No. 48, de 1984, se dispuso ya, de manera jurídicamente consecuente en su artículo 64 la determinación por el propietario de las personas que convivirán y sus excepciones, al disponer que los propietarios determinarán qué personas convivirán con ellos, pudiendo dar por terminada la convivencia cuando estime pertinente, sin necesidad de declaración administrativa o judicial, exceptuando a los ascendientes y descendientes.

En el caso de que el conviviente no abandonara la vivienda, el propietario podía solicitar a la Dirección Municipal de la Vivienda la emisión de resolución conminándolo a abandonar la vivienda en un término de 90 días naturales posteriores a la notificación de la resolución, transcurrido ese plazo, se recabaría a la Policía Nacional Revolucionaria que procediera a su extracción.

Contra aquella Resolución no cabría recurso alguno ni en lo judicial, ni en lo administrativo. Sin embargo, no obstante a lo regulado en ese artículo, la Disposición Transitoria DECIMO TERCERA disponía que a los convivientes actuales⁹ no se le aplicaría dicha medida hasta el primero de enero de 1986 y el procedimiento correspondiente. Además, la Disposición Especial DECIMO QUINTA, autorizaba el Recurso de Revisión ante el Instituto Nacional de la Vivienda.

Con la entrada en vigor de la Ley 65/1988 "Ley General de la Vivienda" fueron concebidos principios importantes tanto para el propietario, como para sus convivientes. Su Capítulo V

⁷ En 1984 eran unos 480,000 nuevos usufructuarios al amparo de esta nueva Ley.

⁸ En 1984 eran unos 320,000 los ocupantes en este concepto.

⁹ Se refiere al año de su puesta en vigor, o sea 1984.

denominado “Régimen Jurídico de las Viviendas de Propiedad Personal”, en su Sección Primera “Derechos y obligaciones de los propietarios de viviendas” regula en el artículo 64 el primer derecho reconocido a los propietarios, del que resulta su facultad de determinar los convivientes y dar por terminada la convivencia de los mismos en cualquier momento, sin necesidad de declaración administrativa ni judicial.

A tales efectos reconoce como conviviente a un tipo de ocupación desarrollada por las personas que ocupen permanentemente una vivienda con la anuencia del propietario, aunque no posea ningún grado de parentesco con éste¹⁰. Resultarán entonces personas que, sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario. Para ellas, el requisito indispensable para ser considerado conviviente del inmueble en cuestión es la anuencia del propietario.

Es el artículo 64 el más famoso de los preceptos legales de la Ley General de la Vivienda al determinar, así, uno de los derechos más cuestionados y defendidos tanto por propietarios como por convivientes. Vale aclarar que los ocupantes ilegales están fuera de la ley o al margen de ella, es decir, su ocupación es contraria a derecho y sancionada en la vía administrativa con las medidas que la ley dispone, pues el interés en pugna es contra el Estado. Mientras que los convivientes llegan a la vivienda con la anuencia del titular. Cuando se da por terminada la convivencia hay dos intereses particulares en pugna.

En este sentido, la autorización expresa o tácita, indefinida o temporal, para permanecer en una vivienda otorgada por el propietario no genera derecho alguno a favor del beneficiario. Teniendo en cuenta estos preceptos jurídicos, a los convivientes se le aplica un tratamiento diferente al de los ilegales: Embargo de ingresos y no la extracción. Cosa distinta ocurre cuando resulta indispensable la protección de los necesitados de ayuda. “En los casos de elementos de clara conducta antisocial, no vinculados a

centros de trabajo, que se nieguen a cumplir las disposiciones de la autoridad competente, podrán ser obligados por la fuerza pública a cumplir dichas disposiciones”. La Resolución emitida por la Dirección Municipal de la Vivienda podrá ser impugnada por las partes inconformes¹¹ ante la Sala de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial Popular.

En el enfoque de la convivencia ha de tenerse presente lo relativo a la copropiedad. En este caso se requiere la autorización de los copropietarios para que cualquiera de estos pueda determinar que otra persona conviva. En tal caso basta la inconformidad de uno de ellos para que se viole el indispensable requisito de la anuencia de los propietarios y a tales efectos cualquiera de los condómines puede promover el cese de convivencia.

Por otra parte, el Artículo 65 de la LGV establece el régimen de los convivientes especialmente protegidos, contra los que el propietario nunca podrá realizar cese de convivencia, constituyendo así la excepción de este derecho y en tal sentido la protección de la ocupación de viviendas.

El conviviente especialmente protegido

Es así que con el artículo 65 se limita la facultad del propietario de dar por terminada la convivencia, en casos que constituyen su excepción, y que resultan los llamados convivientes especialmente protegidos, constituyéndose así en ocupantes, sin que ello signifique igual derecho que el titular, ni su posible oposición a los actos de dominio realizados por éste en ejercicio de sus derechos, siempre que no contradigan a la Ley.

En ese sentido establece cinco supuestos que enmarcan o definen situaciones en cuyos casos los convivientes no podrán ser cesados por el propietario interesado, los que en tal sentido resultan (i) sus ascendientes y descendientes, (ii) madre con uno o más hijos habidos en el matrimonio, formalizado o no, con el propietario, siempre que ella tenga la guarda y cuidado de los hijos, (iii) madre con uno o más hijos menores que llevan tres o más años ocupando la vivienda, (iv) ancianos que llevan tres o más años ocupando la vivienda refiriendo en estos tres últimos supuestos siempre que los mismos no tuviere otro lugar de

¹⁰ Tal como refiere el Segundo Párrafo del Artículo 64 de la Ley 65 “LGV”.

¹¹ Tanto el conviviente como el propietario.

residencia. Así como reserva un último acápite para (v) cualquier otro caso que a juicio de la autoridad competente constituya una manifiesta injusticia o un acto inhumano, concediendo un arbitrio administrativo para valorar algunos casos, que bien pudieran resultar similares a los que recoge la Disposición Transitoria Tercera de la Ley General de la Vivienda, a los efectos de fundamentar su aplicación.

En estos supuestos, aunque legalmente definidos, se aprecia en su redacción la utilización de términos contrapuestos, como resulta su último acápite, cuya aplicación bien pudiera variar los parámetros establecidos en los acápites anteriores, pues una manifiesta injusticia puede ser el hijo que golpea y roba constantemente a su madre divorciada, pudiendo ocupar otra vivienda junto a su padre, o la nuera y madre de tres nietos que después del divorcio permanece ocupando la vivienda por más de tres años y se niega a abandonarlo, en casos incluso donde el hijo del propietario se volvió a unir en matrimonio y ya no ocupa la vivienda de los padres, o excónyuges mayores de 60 años, que no desean abandonar la vivienda e impiden que el titular pueda recomenzar su vida.

Así, los acápites que definen estos casos como convivientes protegidos se convierten en el arma esgrimida para mantener su ocupación, a lo que además se suma que al resultar la mencionada “injusticia o acto inhumano” valoraciones puramente subjetivas, sus fundamentos pueden ser efectivamente valorados de manera distinta por el Tribunal de Instancia que en recurso conozca el asunto en cuestión, sin que pueda crearse un criterio uniforme sobre en qué caso se puede o no poner de manifiesto una injusticia.

El lugar de origen

Para muchos operadores del Derecho, el lugar de origen es el último lugar de residencia de la persona en la que hubiere permanecido más de cinco años, visto así, hasta no sobrepasar los cinco años de ocupación en un lugar no se entiende por perdido su lugar de origen y por ende pudiere retornar al lugar de donde procedió. De la letra de los supuestos contenidos en el artículo 65 pudiera suponerse que tal lugar de origen se pierde a los tres años, término este que señala para hacer permanecer allí a una persona con determinadas características, aún en contra de la voluntad

del titular. Sentencias¹² del Tribunal Supremo accediendo al cese de convivencia por más de 10 y hasta 15 años amplían un poco más el concepto del lugar de origen, pues de su simple observación se aprecia que éste no se pierde y puede ser recuperado en cualquier momento.

Lugar éste entonces que para tal reinserción bastará resultar el origen del cesado, sin que necesiten aprobación del titular, el que por demás puede incluso hasta ignorar la existencia de un proceso que implicará el aumento de su núcleo familiar. Súmese además que, a pesar de que la regulación establecida en el artículo 64 de la Ley General de la Vivienda del cese de convivencia por definición no trae consigo la ejecución de esta medida su último párrafo establece que en los casos de elementos de clara conducta antisocial, no vinculados a centros de trabajo, que se nieguen a cumplir las disposiciones de la autoridad competente, podrán ser obligados por la fuerza pública a cumplir dichas disposiciones.

La Administración, y específicamente en este caso el Instituto Nacional de la Vivienda ha implementado una serie de disposiciones

12 Sentencia No. 384 de 28 de Abril del 2000, donde actuó como Ponente: Lic. Marta Acosta Ricart, estableció en su último CONSIDERANDO:- Que el primer motivo del recurso, amparado en el apartado primero del artículo 630 de la LPCAL, ha de correr igual suerte que los anteriores, pues además de adolecer del defecto de no haber consignado el supuesto específico del precepto invocado que se considera infringido, yerra el quejoso al pretender equiparar dos conceptos, que aunque en la práctica en ocasiones resultan coincidentes difieren etimológicamente, habida cuenta que se denomina lugar de origen a aquel de donde proviene directamente el individuo, lo que resulta cosa diferente a tener otro lugar de residencia, pues este está en todo caso condicionado a la posibilidad, o sea que se trata de otro domicilio donde el mencionado individuo le es posible también residir, aún sin antes haber vivido jamás en el mismo, sentado lo cual es visto que en el caso no se integra el error acusado, y ello obliga la desestimación del examinado.-

Sentencia No. 1220 de 30 de Noviembre del 2001, donde actuó como ponente la Lic. Isabel I. Arredondo Suárez estableció en su último CONSIDERANDO:- que el motivo segundo no puede prosperar, con amparo en el apartado 1 del artículo 630 de la LPCAL, habida cuenta que no puede calificarse de acto injusto e inhumano el cese de convivencia determinado por el Tribunal de instancia, en primer orden por contar el recurrente con otro lugar en el que desenvolver su vida, donde de hecho se encuentra residiendo, además del inmueble que fuera propiedad de sus padres, actualmente ocupado por sus familiares, que son en definitiva los obligados a darle protección desde el punto de vista habitacional y que resulta su lugar de origen, y en segundo orden por tratarse de un hombre joven, en pleno uso de sus facultades, siendo potestad de la autoridad competente, DMV, según el juicio que al respecto del caso se forme, la aplicación del beneficio del último acápite del artículo 65 de la LGV, susceptible de ser revisada por el Tribunal de instancia sólo cuando aprecie una injusticia flagrante, circunstancias que no concurren en el presente asunto, lo que motiva su rechazo.-

legislativas¹³ que aseveran la posibilidad real de realizar las extracciones de estos convivientes indeseados. O sea, que peor aún, estos casos pueden ser reubicados a la fuerza en el denominado lugar de origen, que como dijimos, no necesita la autorización, ni siquiera el conocimiento del propietario al que ingresará el cesado.

La ocupación y sus tipos en la Ley General de la Vivienda

Como su nombre lo indica, la ocupación se resume en la expresión externa y perceptible de un dominio, mediante el uso físico de un bien inmueble determinado, ya sea en razón de algunos de los derechos reales de aprovechamiento que a tales efectos establece la Ley como los conceptos de propietario, usufructuario, o arrendatario, o ya sea conjuntamente o no con quien posee reconocida alguna de las mencionadas categorías. Por lo que, desde el plano jurídico, cabría mejor decir que a ello le llamamos detentación, porque percibimos esa situación o estado de cosas sin indagar sobre su legitimidad. En sentido estricto la ocupación se expresa en el uso material del bien inmueble, más allá de su sentido subjetivo y normativo. La ocupación, aunque posee sus puntos de contacto con la posesión debe ser vista como tal, pues esta última entraña la facultad de tener bajo su cuidado y responsabilidad el bien, cuestión que no ocurre siempre en la ocupación.

De igual forma no puede apreciarse como sinónimo de disfrute del bien, pues de acuerdo a la doctrina resulta el derecho de percibir los beneficios del bien, por actos materiales de goce o actos jurídicos, supone un beneficio adicional al uso de la cosa misma, implica la posibilidad de hacer entrar en el patrimonio del sujeto otro bien en propiedad además de aquel que ya lo generó, por lo que genera la posibilidad de adquirir en propiedad los frutos generados por una cosa propia o ajena. Apreciándose en la doctrina no como un supuesto de la accesión sino un modo autónomo de adquisición de la propiedad, estipulado en Ley. Existen otros términos

paralelos que para nada deben confundirse con la ocupación y estos son la residencia y el domicilio, los que de por sí requieren un estudio más pormenorizado.

Residencia y Domicilio. Sus nexos con la ocupación

La residencia, a los efectos de la Ley General de la Vivienda se entiende como el lugar de origen de la persona acreditado por la ocupación permanente y estable por más de 5 años, o se entenderá como tal, las viviendas en que una persona pudiere constituirse en conviviente especialmente protegido. La doctrina romana implementó el término residencia como el primer elemento (*corpus*) del domicilio; el segundo (*animus*) viene requerido por el calificativo «habitual».

La residencia habitual, requiere dos categorías fundamentales, una primera relacionada con el hecho de estar de asiento (residiendo) en un lugar; la segunda implica que se trate de residencia normal y presumible para el futuro próximo (ese es el sentido de «habitual»). De tal forma se prescinde del *animus*. La residencia simple o residencia, a secas es toda la que no es habitual, sea más o menos estable. Esta terminología se acerca a lo que se conoce a su vez como paradero, que a diferencia de la residencia, es el lugar donde la persona se halla actualmente, como bien pudiere ser, de tránsito en viaje, en donde se permanece algunos días en una ciudad, o vivienda, sin necesidad de tener en él estabilidad alguna.

Por su parte el domicilio aparece regulado en el artículo 28.3 del Código Civil en donde se puntualiza que el domicilio de las personas naturales es el que como tal consta en el registro oficial correspondiente que a todos los efectos legales resulta el carné de identidad. En este sentido, conforme a la doctrina, se entiende como tal, en un sentido civil genuino, al lugar que la ley considera como centro o sede jurídica de la persona. Así que tal sede bastará entender un lugar más o menos amplio, según sea preciso a la finalidad del precepto que, en cada caso, se refiera al domicilio. Se refiere al domicilio para indicar, unas veces, la vivienda que se ocupa, y otras, la población (que es lo más frecuente) o distrito, región o país donde se reside.

¹³ La Circular 2 del 18 de junio de 1985, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda referente a los derechos de los propietarios para dar por terminada la convivencia a través del artículo 64 y la Disposición Transitoria Decimotercera de la Ley General de la Vivienda. Además Instrucción No.4-86 de fecha 29 de marzo de 1986, Procedimiento Para Extracción de los Convivientes.

El domicilio es el asiento jurídico de la persona. Busso considera que “es el lugar que la ley instituye como asiento de las personas para la producción de determinados efectos jurídicos”. Para Orgaz es “la sede legal de la persona” o también “el centro territorial de las relaciones jurídicas de una persona o bien el lugar en que la ley sitúa a una persona para la generalidad de sus relaciones de derecho”. La noción de domicilio es una imposición de la buena organización social, porque esta necesita “ubicar” a las personas que integran la convivencia general, a fin de poder exigir de ellas el cumplimiento adecuado. Con este fin se relaciona necesariamente a toda persona con un lugar en el cual se la reputa presente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones¹⁴.

Por consiguiente el domicilio contribuye a la eficiencia de las relaciones jurídicas. De nada le valdría al acreedor el derecho constituido a su favor si no pudiese ejercerlo por la imposibilidad de traer a juicio a su deudor. Pero por el funcionamiento del concepto jurídico del domicilio, podrá citarse allí al deudor con la consecuencia de que toda comunicación dejada en su domicilio se considerará conocida de él aunque de hecho no esté allí. Si el deudor se ausentó del domicilio sin dejar las providencias del caso para que se le informara de las comunicaciones allí recibidas sólo él será responsable de las derivaciones desagradables que el hecho pueda traerle, puesto que para la ley y la sociedad es reputado presente para los efectos jurídicos —salvo aquellos que requieran indispensablemente un conocimiento efectivo— en el lugar de su domicilio¹⁵.

Existe una distinción en cuanto al domicilio general y especial. Como quiera que la ley puede considerar sede de la persona un sitio a unos efectos o para unos asuntos, y otro para otros, pudiéndose distinguir de un lado el domicilio general, que es el lugar que la ley estima sede de la persona para la generalidad de las cosas. De otro, los domicilios especiales son los diversos lugares que la ley estima sedes de la persona

para ciertos asuntos solamente, como pudiese ser el domicilio fiscal, que rige para el pago de impuestos; domicilio procesal, que rige a efectos de competencia de los Tribunales; domicilio mercantil, que es el de los comerciantes, en lo que concierne a los actos y contratos mercantiles; domicilio administrativo, que es el que rige a tales efectos; etc.

La determinación del domicilio y residencia de una persona implican necesariamente la ocupación que de un inmueble realiza, sea o no titular del mismo. En Derecho es necesaria la fijación de la persona a un lugar no para que necesariamente esté o actúe siempre en él, sino para que lo haga cuando la ley lo estime conveniente, y para poder utilizarlo cuando sea preciso marcar —respecto de tal persona— un sitio concreto que no esté determinado, o que no proceda determinar de otro modo.

Generalmente, ese sitio es el domicilio de la persona y, en su defecto, el de su simple residencia o paradero. La importancia del domicilio no va más allá de lo anterior. Por él la persona resulta jurídicamente localizada —a los efectos que sea— en un lugar que influye en una serie de cuestiones; pero ni se establece una relación jurídica entre persona y lugar (como algunos han creído) ni el de domiciliado es un estado civil como el de casado o cubano, por ejemplo.

Por otra parte, el domicilio se adquiere o se pierde ex lege, independientemente de la voluntad de la persona, cuando concurran los hechos a base de los que la ley lo fija o suprime. Así, si es real, se pierde el antiguo o se adquiere uno nuevo, cuando se deja la antigua residencia habitual o cuando se establece una nueva; y, si es legal, se adquiere, pierde o cambia con la adquisición, pérdida o cambio de la situación de que deriva. Sólo se puede hablar de que la adquisición o cambio dependan de la voluntad de la persona, en el sentido de que ésta libremente pueda dar vida a los hechos (así constituir una nueva residencia habitual) de que aquél depende. Posibilidad que se tiene o no, según el estado civil, correspondiendo, en general, a los emancipados que no se hallen bajo tutela.

Es por ello que se insiste en la necesidad de no confundir el domicilio con la residencia y la ocupación. Pues mientras que el domicilio es una noción jurídica concreta, la residencia es una noción vulgar, que alude al lugar donde proviene

14 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, tomo I, Nociones Fundamentales, Personas*, 16ª edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Perrot, 2002, pp. 603-604.

15 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I. Introducción y Parte General, tomo I*, 15ª edición, Barcelona, Bosh S. L., 2002 pp. 328-330.

ordinariamente la persona. Puede o no, según los casos, ser un elemento constitutivo del domicilio, revistiendo ese carácter cuando la ley determina el domicilio (concepto jurídico) de la persona en función de su residencia (concepto material). Por su parte la ocupación alude al elemento fáctico de permanencia en un lugar determinado, ya sea encausado por constituir su domicilio, su residencia permanente o temporal. Comparada la ocupación con la residencia, se advierte que ambas nociones son de orden vulgar, no técnico, diferenciándose por la nota de habitualidad y permanencia que corresponde a la última y de la que carece la primera.

Para agotar totalmente esta temática, se requiere hacer una mera referencia a las características del domicilio¹⁶, que se fundamentan en los siguientes aspectos:

- 1) Es legal en cuanto la ley lo instituye, computando uno u otro elemento material o intencional, según los casos:
- 2) Es necesario en cuanto no puede faltar en toda persona, pues si alguien careciera jurídicamente de domicilio quedarían sin soporte territorial sus derechos y deberes.
- 3) Es único, en cuanto queda eliminada la posibilidad de dos domicilios simultáneos, pues la constitución de un nuevo domicilio extingue los efectos del precedente. Siempre la persona tiene un domicilio general y sólo uno.

A estos elementos le son aplicables dos principios inherentes y que son el principio de necesidad, pues al constituir un atributo a la persona, entendido como un elemento calificador de la misma que concurre a caracterizarla e individualizarla como tal, teóricamente al menos no es concebible la existencia de una persona sin domicilio. Para dar efectividad al principio de necesidad del domicilio, la ley ha cubierto todas las situaciones posibles, a fin de que sea factible, en función de las circunstancias propias de cada persona, determinar su domicilio. Por ejemplo, los transeúntes o personas de trabajo ambulante o los que no tuviesen domicilio conocido por su residencia permanente en él, lo tienen en el lugar de su residencia actual, es decir, en el lugar de su simple ocupación. Consiguientemente siempre es posible determinar cuál es el domicilio de

¹⁶ BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General, tomo I*, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 330.

una persona, luego de superar las dificultades de hecho que puedan presentarse para conocer las circunstancias de ella que según la ley son constitutivas de domicilio.

Otro principio inherente al domicilio lo es el de unidad, referido a que si la persona tiene un nombre, una condición de capacidad, un estado de familia, un patrimonio general, no puede sino tener un domicilio general. Este no es un principio explícitamente consagrado por nuestro Código, pero se infiere de varias disposiciones que dan por admitida la imposibilidad de coexistencia de dos domicilios generales, lo que traería un verdadero caos por la indeterminación de una noción que rige a través de la ley de ese lugar la capacidad de la persona, el régimen de los bienes muebles no permanentes, el cumplimiento de las obligaciones, la competencia judicial, etc.

Tipos de ocupación reconocidos en la Ley General de la Vivienda

La Doctrina Cubana, aunque no realiza definiciones categóricas al respecto¹⁷, en la práctica jurídica se reconocen como principales tipos de Ocupaciones las siguientes:

OCUPANTES PERMANENTES

1. *El propietario*, el que se considera ocupante del bien independientemente de que efectivamente la realice o no, y sin que la desocupación del mismo por un tiempo prolongado o no afecte en alguna manera la plenitud de sus derechos como propietarios.

2. *Arrendatarios Permanentes del Estado*, posee acreditada la ocupación del bien, cuya interrupción injustificada por más de 6 meses trae consigo la posibilidad del Estado de dar por

¹⁷ La ocupación no fue definida en la Ley de Reforma Urbana, pero tampoco era una locución del Código Civil de 1889. Ninguna de las normas complementarias de Reforma Urbana dictadas hasta 1985 la definió, no obstante aparecieron categorías de ocupantes principales, legítimos, agregados e ilegales según urgencias y prácticas de la Administración. La implantación, a inicios de los años setenta, del sistema de identificación personal, por medio del Carné de Identidad, y del domicilio, por el Registro de Direcciones, condujo a muchos juristas a reflejar las nociones sobre ocupación -asimiladas a las de residencia- sobre los conceptos de domicilio. Ni LGV 1984 ni la LGV 1988 han tomado normas ni parámetros para acertar el concepto de ocupación ni de las viviendas calificadas como permanentes y de recreo. RIVERO VALDÉS, Orlando. *Temas de Derechos Reales*, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2003, pp 308-310

terminada tal condición. Artículo 53 a) y 58 ch) de la LGV.

3. *Usufructuarios de locales estatales*, es igualmente exigible la ocupación del mismo cuyo incumplimiento traerá consigo la irremisible extinción de la ocupación.

4. *Arrendatarios Adquirentes del Estado*, esta categoría está dada como una solución del BPA para asegurar el pago de la deuda contraída con el mismo sobre el pago de la vivienda, dándose en este concepto hasta tanto extinga el monto del valor del inmueble, en este caso se le reconocerá los derechos del propietario, y tal condición depende únicamente del pago del inmueble.

5. *Los Convivientes*: Se refiere a las personas que ocupen permanentemente una vivienda con la anuencia del propietario, usufructuario, o arrendatario, aunque no posea ningún grado de parentesco con éste. El Segundo Párrafo del Artículo 64 de la LGV, lo define como las personas que, sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario. El requisito indispensable para ser considerado conviviente del inmueble en cuestión es la anuencia del propietario. El Artículo 65 de la LGV, establece el régimen de los convivientes especialmente protegidos, contra los que el propietario nunca podrá realizar cese de convivencia.

6. *Los Ocupantes con derecho a la permanencia en el inmueble*: La modificación del artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda declara que los ocupantes de una vivienda que no son herederos, siempre que se hayan mantenido en esta, al menos por cinco (5) años, con el consentimiento del propietario antes de su fallecimiento, tienen el derecho a mantener la ocupación del inmueble. Así mismo la modificación del artículo 81.5 de la propia Ley expone a su vez que los ocupantes de una vivienda, siempre que hayan residido en esta, al menos durante cinco (5) años, con el consentimiento del propietario antes de su salida definitiva del país, tienen el derecho a mantener la ocupación del inmueble. Configurándose así una nueva categoría de ocupación.

OCUPANTES TEMPORALES

1. *Arrendatarios de Personas naturales*: Personas que disfrutan del bien durante un tiempo determinado a tenor de haber suscrito un Contrato de Arrendamiento con el Propietario.

2. *Arrendatarios de Personas Jurídicas (Viviendas Vinculadas, Medios Básicos)*, su ocupación está determinada por la emisión del correspondiente contrato debiéndose entera sujeción a las condiciones pactadas y extinguiéndose con su culminación, en el caso del Estado es igualmente exigible la ocupación del mismo cuyo incumplimiento traerá consigo la irremisible extinción de la ocupación.

Otras personas, que por disímiles motivos y con la anuencia del propietario disfrutan durante un tiempo determinado (vacaciones, descansos, visitas familiares, etc.) de la ocupación de un bien conjuntamente con su propietario.

OCUPANTES ILEGALES

El artículo 115 de la LGV, tal como quedó modificado por el Decreto- Ley 233, de 2 de julio del 2003, publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria No 12, de 15 de julio del 2003, establece los casos en que procede tal declaración, la que realiza la Dirección Municipal de la Vivienda, en un término de treinta (30) días laborables a partir de la fecha de su conocimiento. Contra tales ocupantes procederá la extracción inmediata del inmueble por la Dirección Municipal de la Vivienda, con el auxilio de la Policía Nacional Revolucionaria, sin que exista obligación alguna de reubicarlos. La Resolución de la Dirección Municipal de la Vivienda que contenga la declaración de ocupante ilegal será recurrible en la vía administrativa conforme a lo dispuesto en la Disposición Especial Tercera de la presente Ley.

Elementos definitorios de la ocupación amparada en los artículos 77.4 y 81.5 de la Ley General de la Vivienda

Como se ha referido en la determinación de los tipos de ocupación permisibles por la legislación inmobiliaria actual, la modificación del artículo 77.4 de la Ley General de la Vivienda declara que los ocupantes de una vivienda que no son herederos, siempre que se hayan

mantenido en esta, al menos por cinco (5) años, con el consentimiento del propietario antes de su fallecimiento, tienen el derecho a mantener la ocupación del inmueble. Así mismo la modificación del artículo 81.5 de la propia Ley expone a su vez que los ocupantes de una vivienda que no sean de los que se relacionan en el apartado 2 del presente artículo, siempre que hayan residido en esta, al menos durante cinco (5) años, con el consentimiento del propietario antes de su salida definitiva del país, tienen el derecho a mantener la ocupación del inmueble.

En relación al articulado anterior resaltan cuestiones que la ley perfectamente perfila y otras que han quedado atadas a la interpretación de los operadores del derecho, concretándose una serie de elementos definitorios de esta concepción, algunos de ellos esbozados en la ley modificada, y otros pendientes aun a su concreción, por lo que, para la mejor comprensión del tema se efectúan su estudio por separado y que son:

La ocupación más allá de la mera convivencia

Uno de los errores más frecuentes en los operadores del Derecho resulta la apreciación del derecho de ocupación referido como un mero derecho a la convivencia sobre el bien en cuestión. Sin embargo su concepción resulta sustancialmente desigual, al escapar de la regulación contenida en el artículo 65 de la Ley General de la Vivienda para enmarcarse en la manera en que las personas con derechos adquirirán la titularidad de un bien cuyo propietario haya fallecido o abandonado definitivamente el territorio nacional, por lo que este derecho a la ocupación se constituye en verdadera limitación a los derechos del propietario, contra los cuales la Ley no le da posibilidad alguna de actuar, cuestión que sí acontece en el derecho a la convivencia.

Recordemos que contra el mero conviviente el propietario puede dar por terminada su ocupación sin necesidad de declaración administrativa ni judicial, y sólo al conviviente se le puede reconocer este derecho ante el intento del propietario de cesar su convivencia por la vía administrativa, cuestión que no sucede con el ocupante, quien podrá en cualquier momento, exista o no perturbación por parte del nuevo titular, solicitar a la Administración (Dirección

Municipal de la Vivienda) el reconocimiento de este derecho.

Esta cuestión, aunque patentada de consultas efectuadas al Instituto Nacional de la Vivienda relativas al alcance de este nuevo derecho a la ocupación y las facultades que el mismo entraña, no consta de un referente normativo que expresamente declare la posibilidad consignada en el párrafo anterior; por lo que en el plano procesal debió concebirse la determinación de este alcance. La práctica ya ha generado un grupo de casos en los que se solicita el reconocimiento de este derecho, y a pesar de haberse reconocido en todos ellos por cumplirse los requerimientos que a tales efectos dispone la ley, queda aún un vacío legal al momento de enfrentar otras cuestiones derivadas de este reconocimiento.

La ocupación legalmente válida

Otra posición frecuente por parte de los operadores del derecho ha sido la de suponer que esta ocupación deviene en ilegal, de acuerdo a los presupuestos del artículo 115 inciso b) que dispone expresamente la facultad de las Direcciones Municipales de la Vivienda para declarar ocupantes ilegales en un término de treinta (30) días laborables a partir de la fecha de su conocimiento, a las personas que a partir del 1º de enero de 1985: ocupen o permanezcan ocupando una vivienda cuyo propietario abandone definitivamente el país o fallezca, sin cumplir los requisitos establecidos en esta Ley y sus disposiciones complementarias.

En este caso vale aclarar, que al momento de promulgarse esta normativa que reconoce en qué casos una ocupación deviene en ilegal, al referirse en el artículo analizado a requisitos, éstos no eran otros que los que generan la posibilidad de transmisión de la titularidad del bien, por lo que, ante la imposibilidad de transmisión del bien a ese ocupante, irremisiblemente ésta resultaba ilegal pudiendo el nuevo titular atacarla de acuerdo a las condiciones que en tales casos se disponen. Sin embargo, con la modificación introducida en la Ley General de la Vivienda, se está regulando un nuevo requisito para estos ocupantes que, aun y cuando no genera titularidad si genera la permanencia en el inmueble en la condición de ocupantes.

Ocupación VS Titularidad ¿Hasta dónde y hasta cuándo?

Precisamente como ya se advertía, el hecho de haber reconocido ya el derecho a la ocupación, y la indeterminación normativa de su contenido y extensión en el tiempo, hace que la Administración no encuentre sustento legal para dirimir las cuestiones que aduce el ocupante a su favor en cuanto al reconocimiento de algunas facultades, entre las que se encuentran la posibilidad de uso y disfrute del bien que pudieren verse limitadas o laceradas por el titular del bien, o si, el hecho de haber interrumpido tal ocupación por un tiempo menor o mayor, justificado o no, resulta causal para la pérdida del derecho legalmente reconocido.

Al respecto los criterios se bifurcan en dos sentidos: En uno se aprecia que la ocupación se mantendrá mientras ésta resulte real y efectiva, bastando el hecho de que el ocupante abandone o desocupe el inmueble para dar por terminado el mismo. Para ello se estima si tal desocupación fue realizada con la totalidad de los bienes del ocupante o, si bien, ha dejado en el inmueble bienes propios para denotar que tal ocupación no ha cesado. Este criterio tiende a brindar a este derecho los mismos efectos de la convivencia y en tal sentido se afecta directamente la distinción que quiso imprimirle el legislador al alejarlo de las categorías reconocidas como convivencia, sin que pueda ajustarse cabalmente a su enunciado normativo.

Otros criterios valoran que al resultar un derecho que va más allá de la mera convivencia, una vez constituido alcanza el atributo inherente a los derechos reales relativo a la perpetuidad, convirtiéndose de hecho y por sí mismo en el lugar de origen del ocupante, al que siempre podrá retornar cada vez que sus necesidades lo requieran; derecho que por demás deberá estar garantizado con la obligación en la que se encuentra el titular del inmueble a permitir su retorno y crear para este ocupante todas las garantías que le permitan desarrollar una convivencia en el núcleo familiar. La opinión al respecto estriba en que si bien difiere de la mera convivencia, roza con las facultades propias del propietario, al pretender reconocerse potestades que solo podrán ser inherentes a la persona del propietario.

La otra cuestión por definirse resulta la relativa a posibilidad de accionar contra el titular que pretenda enajenar el bien y dejarlo en desamparo habitacional en el caso de los denominados ocupantes, pues aunque para algunos operadores del Derecho el hecho de permanecer ocupando el inmueble lo convierte por sí mismo en su conviviente, puede aplicársele lo dispuesto en los artículos 69.4 y 70.5 de la Ley General de la Vivienda que insta a los notarios para que en la escritura pública de donación, permuta o compraventa de viviendas, dejen constancia sobre la responsabilidad que asume el donante, vendedor o permutante, con el alcance de sus actos respecto a los convivientes, aclarándose a su vez que se considera causal de nulidad de estos actos, además de las establecidas en el Código Civil, el hecho de dejar desprotegido a alguno de los convivientes a que se refiere el artículo 65 de esta ley.

Si como hemos visto, la regulación de los ocupantes escapó de la convivencia por atribuirle mayores facultades que las que la ley reserva para estas, en el caso de oposición a los actos de disposición del titular, la norma es clara al limitar solamente esta facultad a los convivientes relacionados en el artículo 65, referido a la especial protección a convivientes y no a las nuevas categorías de ocupantes referidas, para cuya inclusión será necesaria una interpretación en suma extensiva de la norma.

Las valoraciones al respecto se dirigen a reconocer la trascendencia del derecho a la ocupación en supremacía al de la convivencia, pero que no necesariamente conlleve a su perpetuidad, por lo que debe apreciarse como referente de norma aplicable lo estipulado en el artículo 58, inciso ch), de la propia Ley General de la Vivienda relativo a la no ocupación injustificada de la vivienda durante más de seis meses para la rescisión del Contrato de Arrendamiento Permanente del Estado, pudiéndose aplicar a su vez como marco para definir la extensión y alcance de este derecho.

CONCLUSIONES

La ocupación como categoría legal no es un término desconocido para el Derecho Inmobiliario cubano, pues a partir de la implementación de la Ley 48/1985 "Ley General de la Vivienda" se utilizó para reconocer la legalidad en la posesión de un bien inmueble, con implicaciones iguales

al legítimo derecho a la propiedad, es así que aún se encuentran titularidades emitidas en estos años, en el que el derecho que sobre la vivienda reconoce el Estado es el de “ocupante legítimo” con el mismo sentido y alcance que la propiedad, representaciones que en se actualizan acorde a las nuevas modificaciones introducidas recientemente a la Ley 65 “Ley general de la Vivienda”.

Aunque nuestro ordenamiento reconoce distintos tipos de ocupación de viviendas, en los que categorías como la residencia y el domicilio logran confundir la determinación de su extensión normativa, el hecho es que no se establecen los fundamentos técnicos-jurídicos que permitan definirlos como tales, por lo que, la inclusión de una nueva categoría de ocupación que lacera

frontalmente la posibilidad de disposición de un propietario de vivienda, hace que su comprensión se torne cada vez más confusa.

Sobre esta plataforma, la ocupación y los derechos que entraña en el sistema normativo inmobiliario cubano en la actualidad jurídica, adquiere una significativa importancia, a raíz de la gran limitación habitacional existente en nuestro país, y los marcados esfuerzos realizados por nuestro sistema para evitar insatisfacciones en la población. Siendo precisamente la carencia de una definición en cuanto al contenido y extensión en el tiempo del derecho a la ocupación, lo que origina la indefinición de esta figura creando más situaciones problemáticas que las que en su fondo resuelve.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil I. Introducción y Parte General, tomo I, 15ta edición, Barcelona, Bosh S. L., 2002 pp. 328-330.
- BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General, tomo I, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 330.
- DE RUGGIERO, Roberto. Instituciones de Derecho Civil, 4ª edición, anotada y concordada por SERRANO SUÑER, Ramón y SANTA-CRUZ TEIJEIRO, José, Madrid Reus SA, 1997, pp. 593-598.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil, Volumen III Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral, 6ª edición, Madrid, Tecnos, 1997 pp.189-195.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. Tratado de Derecho Civil. Parte General, tomo I, Nociones Fundamentales, Personas, 16ª edición, actualizada por Patricio Raffo Benegas, Buenos Aires, Perrot, 2002, pp. 603-604.
- RIVERO VALDÉS, Orlando. Temas de Derechos Reales, 1ª edición, Félix Varela, La Habana, 2003, pp 308-310
- VON IHERING, Rudolf, La posesión, 2ª edición, Madrid, Reus SA, 2003, pp. 477-478
- Ley 65 de 1988 “Ley General de la Vivienda”
- Instrucción No.4-86 de fecha 29 de marzo de 1986 del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda, Procedimiento para Extracción de los Convivientes.
- Circular No. 2 del 18 de junio de 1985, del Presidente del Instituto Nacional de la Vivienda.
- Sentencia No. 384 de 28 de Abril del 2000 de la Sala Civil y Administrativa del Tribunal Supremo Popular.
- Sentencia No. 1220 de 30 de Noviembre del 2001 de la Sala Civil y Administrativa del Tribunal Supremo Popular.

**DERECHOS HUMANOS Y MECANISMOS
DE INTERDICCIÓN DE LA MOROSIDAD
ADMINISTRATIVA: UNA NUEVA LEGITIMIDAD***

**HUMAN RIGHTS AND METHODS TO
INTERDICT ADMINISTRATIVE DELAYS: A
NEW LEGITIMACY**

**DIREITOS HUMANOS E MECANISMOS
DE PROIBIÇÃO DE INADIMPLÊNCIA
ADMINISTRATIVA: UMA NOVA
LEGITIMIDADE**

Isaac Augusto Damsky^a

isaacaugustodamsky@yahoo.com.ar

Fecha de recepción: 4 de Agosto 2014

Fecha de revisión: 2 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 15 de Septiembre 2014

RESUMEN

El trabajo presenta la doble insuficiencia de los mecanismos – previstos 40 años atrás- para combatir la morosidad administrativa¹ y lograr el pronunciamiento administrativo en tiempo razonable, contenidos en ley de procedimientos administrativos.

** Artículo de reflexión.*

a. Profesor Adjunto Regular por Concurso de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Miembro Titular del European Group of Public Law at European Public Law Organization y del European Law and Governance School. Miembro Titular de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y Miembro Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo y Miembro Honorario de las Asociaciones Mexicana y Nicaraguense de Derecho Administrativo. Profesor extranjero de Derecho Administrativo en Universidades Latinoamericanas y Europeas. Consejero Editorial Extranjero de Revistas Jurídicas de Derecho Público en México, Colombia y Brasil. Agradecimiento: El autor agradece la colaboración del Abogado Tomás Pomar.

1 Morosidad Administrativa: Son los atrasos injustificados y culpables de la administración pública en la tramitación de tramites o procedimientos en los que se encuentren en juego la determinación de derechos e intereses de los particulares (personas físicas o sociedades civiles o empresariales).

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Internacionales
Núm. 7, Año 2014
enero-diciembre, pp. 101-118.
ISSN 1794-600X

Primero, porque el sistema legal es contradictorio: por un lado establece la obligación de la administración de resolver pero por el otro, desde siempre, tolera la morosidad administrativa al reconocer el derecho de los particulares de calificar a la mora de la administración como una denegación de las peticiones de los particulares (la “denegatoria ficta”). Este incentivo legal negativo contradice las racionalidades de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia del “derecho a las garantías” de las cláusulas 8° y 25, y que el autor propone como base de una nueva legitimidad. Segundo, porque el sistema es obsoleto: Por un lado, el único mecanismo concreto de la ley, para lograr que la Administración Pública resuelva en tiempo real, es el proceso judicial que se encuentra hoy deslegitimado. Por otra parte si se modernizara el procedimiento administrativo, mediante las herramientas de la Tecnología de la Información (IT) –como sí se hizo en la administración impositiva y aduanera- los tiempos de tramitación se acortarían notablemente y se reduciría la judicialización.

El autor presenta la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación del derecho a las garantías contenido en las cláusulas 8° y 25 de la Convención Americana, que son de aplicación directa en el orden interno por expresa previsión constitucional, para cuestionar el actual sistema legal y al mismo tiempo sugerir que –aún sin modificación de la ley- el nuevo orden supranacional de los derechos humanos ha suprimido la tolerancia legal a la morosidad administrativa.

PALABRAS CLAVES

Derechos Humanos, Procedimiento Administrativo, Morosidad Administrativa.

ABSTRACT

This article shows a double insufficiency of the methods to counteract administrative delays³ and, therefore, to process requests in a

2 Denegatoria Ficta: La ley reconoce el derecho de los particulares de calificar al silencio o a la mora de la administración como una denegación de las peticiones de los particulares, por lo que no solo no le prohíbe expresamente a la administración no resolver sino que el sistema legal “tolera” que la administración no resuelva.

3 Administrative delays: Unreasonable and faulty delays caused

timely fashion. These methods were foreseen 40 years ago as established in the Administrative Procedure Act.

In the first place, this insufficiency is caused by a contradictory legal system which, on the one hand, clearly states the obligation on the government agencies’ part to process a request, whereas, on the other, it has always accepted administrative delays. By recognizing the rights of individuals to consider administrative delays as a denial of the parties’ requests, the legal system not only does not prohibit the government agencies’ lack of processing such requests but also allows not to process them accordingly, something which is known as a “administrative denial”⁴. This legal barrier contravenes the provisions set forth in the case law of the Inter-American Court of Human Rights in terms of the rights and guarantees established in its Articles 8 and 25, as presented in this article which the author provides as the basis for a new legitimacy.

Secondly, this is caused by the fact that the system foreseen forty years ago is obsolete. On the one hand, the sole actual legal mechanism to make the government agencies process a request in a timely manner is the judicial process, which is currently deligitimized precisely as a consequence of its protracted nature. The system requests the courts to do something the judges are no longer capable of achieving: to decide upon a case in a reasonable time. On the other hand, nowadays, should the administrative process be modernized through IT tools^{as was actually performed in the tax and customs administration}⁷, the speed of proceedings would be significantly faster and the amount of court proceedings, considerably smaller.

Therefore, the author hereby introduces the recent case law of the Inter-American Court of Human Rights concerning the interpretation

by the government agencies in processes, proceedings or formalities which jeopardize the rights and interests of persons, be them individuals or any types of partnership, corporation, association, or public or private organization other than an agency.

4 Administrative denial: The law recognizes the rights of individuals to qualify the silence or delays on behalf of the government agencies as a denial of the parties’ requests. Not only are not the agencies forbidden from making a determination of the requests or from processing such requests but also they are “tolerated” by the legal system when they do not make such determination or process them.

of the rights and guarantees set forth in the Articles 8 and 25 of the American Convention of Human Rights, which have a direct application in the Argentine domestic legislation as expressly provided by the Constitution, so far as to question the current legal system and, at the same time, to imply that the new supranational legal system of human rights has forbidden further tolerance from a legal viewpoint of the administrative delays.

KEY WORDS

Human Rights, Administrative Procedure, Government Bureaucratic Delays.

RESUMO

O artigo apresenta a dupla falha de mecanismos – feitos há 40 anos - para combater a inadimplência administrativa e alcançar a decisão administrativa em prazo razoável, contida na lei de procedimentos administrativos. Primeiro, porque o sistema jurídico é contraditório: por um lado, estabelece a obrigação da determinação da administração, mas por outro lado, sempre, tolera a inadimplência administrativa para reconhecer o direito dos indivíduos qualificar a mora da administração como uma negação dos pedidos de indivíduos (o “ficta recusa”). Este incentivo legal negativo contradiz as racionalidades da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos, das “Garantias judiciais” das cláusulas 8 ° e 25, que o autor propõe como base para uma nova legitimidade. Segundo, porque o sistema é obsoleto: por um lado, o único mecanismo concreto da lei, para garantir que a administração pública resolva em tempo real, é o processo judicial que está, hoje, deslegitimado. Por outro lado, se modernizando o procedimento administrativo, usando as ferramentas de tecnologia da informação (TI) - como fez na administração tributária e aduaneira - os tempos de processamento poderiam ser muito reduzidos, assim como o processo judicial.

O autor apresenta a recente jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos sobre a interpretação do direito de garantias contidas nas cláusulas 8 e 25 da Convenção Americana, que são de aplicação directa na ordem interna por expressa previsão constitucional, para questionar o atual sistema jurídico e, ao mesmo tempo, sugerir que - mesmo sem uma modificação

da lei- a nova agenda supranacional dos direitos humanos tem suprimida a tolerância legal para a inadimplência administrativa.

PALAVRAS-CHAVE.

Direitos humanos, processo administrativo, inadimplência administrativa

INTRODUCCION

En opinión del autor, los mecanismos para combatir la morosidad estatal previstos en el régimen de procedimientos administrativos -tales como el silencio, la queja y el amparo por mora⁵- se encuentran actualmente deslegitimados en tanto instrumentos orientados a obtener una decisión equitativa en tiempo razonable.

Claramente, no son más percibidos por los reales actores del sistema -sean individuos, sectores sociales o grupos económicos- como instrumentos eficaces para siquiera intentar o procurar afianzar un derecho a peticionar que - en sus actuales y reales condiciones de operatividad del sistema- se encuentra cada vez más desconectado de su correlativa obligación de resolver.

Precisamente, es un valor compartido - elevado a la jerarquía de regla no escrita- entre el universo de particulares y recurrentes que nada mejor, o peor, para enfurecer a un funcionario y determinarlo a perjudicarnos, o al menos a resolver en nuestro perjuicio, que peticionar un pronto despacho y ni que hablar de ocurrir en amparo por mora. De la queja no trato pues ella es, en el mejor escenario, percibida como inocua. Ni siquiera un placebo, pues no genera convicción alguna. Eso sí, algo hay seguro: de optar por

⁵ Respecto del tratamiento doctrinario del silencio y el régimen de la acción de amparo por mora, se consultaron las siguientes obras: Balbín, Carlos Francisco, “Curso de Derecho Administrativo”, 1ra. Ed., Bs. As., La Ley, 2008, Tomo II, ps.: 155-158, 821-825; García Pulles, Fernando R., “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, 1ra. Ed., Bs. As., Hammurabi, 2004, Tomo I, ps.: 378-384 y 429-431 y Tomo II, ps.: 785-793; Tawil, Guido Santiago -Director- “Procedimiento Administrativo”, 1ra. Ed. Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, ps.: 88 y sgtes., 173-179 y 260 a 262. También, se recomienda: Vocos Conesa, Juan Martín, “La acción Judicial de amparo por mora de la administración pública”, Artículo publicado en AA.VV. “ESTUDIOS EN HOMENAJE A DON JORGE FERNÁNDEZ RUIZ. DERECHO PROCESAL”, Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (Coordinadores), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México —Instituto de Investigaciones Jurídicas—, marzo de 2005, pp. 353/380.

ocurrir mediante alguno de estos tres remedios lo único que habremos de conjurar es la poca neutralidad que, a fuerza de casualidades, quizás nos hubiese beneficiado.

1. ALGUNAS RACIONALIDADES DEL DERECHO DE PETICIÓN

De allí que, de este lado, el real derecho de petición se ejerza mediante prácticas sociales usualmente aceptadas –y cada vez más en boga– que si bien oficiosas no por ello menos efectivas. Desde la paciente gestión de intereses hasta la crujiente protesta social, la realidad nos exhibe una paleta inmensamente colorida de alternativas e iniciativas concretas y eficaces en pos de la admisión de nuestras peticiones y pretensiones –jamás, por favor, procesales, si de lo que se trata es de tener éxito– administrativas. Del otro lado, los esfuerzos doctrinarios y jurisprudenciales; el día a día en el Tribunal.

Porque si bien el derecho de petición y el deber de resolución son dos caras de una misma moneda, en la que no decidir o decidir fuera del plazo equivale a incumplimiento de una obligación –como enseña Agustín Gordillo⁶– o –como enseñaba Guillermo Muñoz⁷ y actualmente lo hace Miriam Ivanega⁸, que el derecho de peticionar se debiera corresponder con la obligación estatal de pronunciarse, dada la relación jurídica originada a partir de la presentación del interesado –pues de lo contrario estaríamos frente a un

derecho cuyo ejercicio se extinguiría con la presentación formal–. Si bien todo lo anterior corona en la pacífica descalificación del silencio como un comportamiento antijurídico⁹, tal como uniformemente lo proponen la doctrina y jurisprudencia especializada, la realidad opera de manera inversa¹⁰.

Impera en nuestra cultura administrativa un culto al silencio, al secreto, la reserva, al sigilo y no a la publicidad o al pronunciamiento. Como explica Gordillo, el funcionariado percibe que lo correcto, lícito y debido es ser celoso guardián de toda *ratio* administrativa para limitarse a resolver a cuentagotas y solo cuando sea estrictamente necesario, pues lo contrario puede “comprometerlo”¹¹.

Y entonces vemos que ésta valoración, esta *ratio*, funge en nuestro caso como la verdadera forma social adecuada de un derecho no escrito, me refiero al culto al silencio, pero que, si bien no emana del Estado, genera la convicción de

6 Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Bs. As., F.D.A., 2012, T. 4, ps.: VIII-34 y sgtes. y T. 6, ps.: I-1,3 y sgtes., ps.: II-9 y sgtes.

7 Ver Muñoz Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Astrea, Ensayos 27, Buenos Aires, 1982, p. 69 y ss., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, LL, 1990-b, P891, y reeditado en “Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco, Carlos Manuel, “Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”, Bs. As., AD-HOC, 1999, ps.:675 y sgtes. En sentido concordante: Grecco, Carlos Manuel, “Sobre el silencio de la Administración”, LL, 1980-C y reeditado en, ob. cit., ps.259 y sgtes.

8 Ivanega, Miriam, “Remedios legales” contra la mora de la Administración, en JORNADAS ROSARINAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Rosario, junio de 2006 y “Algunas cuestiones sobre el amparo por mora”, en VVAA., CÁSSAGNE, Juan Carlos (dir.), “Derecho Procesal Administrativo”, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 1681. Ver también de la autora: Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina, Buenos Aires, 2007 Lexis Nexis-UCA y en Revista Mexicana Statum Rei Romanae de Derecho Administrativo, Facultad de derecho y criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, julio-diciembre de 2008, y en: “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, inédita, conferencia brindada en México 25 y 26 de junio de 2009.

9 Ver Muñoz, Guillermo, “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, Ob. Cit., ps.: 680-682, “Cuando el particular dirige una petición a los órganos públicos, genera una especial relación jurídica con la Administración; una relación procesal, formal, que puede corresponderse o no con una relación o función material de la Administración. Aclarado este aspecto, reitero que la profusión de técnicas para corregir la inactividad administrativa, planteó el problema de armonizarlas (...) Tanto la orden de pronto despacho como el silencio son técnicas creadas para contrarrestar la inactividad formal. Ambas requieren, para su procedencia, la petición de un particular que no obtiene respuesta en sede administrativa (...) El silencio sólo tiene sentido desde la óptica del proceso, su existencia vienen anudada al requisito del acto previo. El amparo por mora se fundamenta en el derecho de los administrados a obtener una resolución expresa, que opera como correlato del deber de resolver”.

10 No es osado afirmar que los institutos bajo análisis operan en la realidad como mecanismos promotores de la indefensión del particular. Nada mejor entonces que releer esa brillante apertura con la cual Agustín Gordillo comienza la exposición de su célebre “La administración paralela, el parasistema jurídico administrativo”, pues grafica el marco dentro del cual se inscriben los problemas y reflexiones de mi presentación. Dice el autor: “La indefensión del administrado frente a la administración asume a veces formas insospechadas en el plano teórico, pero dotadas de suficiente realidad en el plano práctico como para merecer algún comentario. Se trata de indefensión no solo frente a las normas jurídicas formales, sino frente a las normas y procedimientos que rigen en la práctica pero que no están establecidos en ninguna norma, o que incluso contrarían expresas normas vigentes: El particular que no esté habituado a tratar con la administración se desorienta en mayor medida aún, y no atina siempre a elegir el método adecuado de comportamiento a seguir frente a tales circunstancias. Existe así un procedimiento administrativo paralelo al formal, como también una organización administrativa informal que no siempre coincide con la que el organigrama indica” (Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas” T. 6, 1ra. Ed., F.D.A., Bs. As. 2012, ps.: AP-I-1).

11 Ibid. La Administración Paralela, p.: AP-II-9.

que cualquier disposición en contrario es cuanto menos irrealizable y por ello ilegítima:

(...) no se sabe cómo ni porqué pero el funcionariado tiene conciencia de que la conducta esperada de él por la sociedad en la que se encuentra no es en absoluto la descrita en la ley sino aquella que sin ninguna dificultad aprehende de sus superiores y compañeros de trabajo; que por otra parte es exactamente la misma con la cual se debe enfrentar en cuanto administrado frente a otras reparticiones¹².

A ello se agrega otro dato que contribuye a explicar el imperio del silencio por encima de la obligación de resolver y la deslegitimación actual que le apuntamos a los mecanismos de conjuro de la morosidad administrativa; los que además permanecen extrañamente aún desconectados de la hermenéutica de los derechos humanos, tal como ilustra el desarrollo jurisprudencial de la última década. En especial, la trascendente declaración de inconstitucionalidad del art. 31 de la ley nº 19549, en cuanto exige el cumplimiento del requisito previsto por el art. 25 una vez vencido el plazo posterior al pedido de pronto despacho, formulado en el reclamo administrativo previo, en el caso “Biosystems” sentenciado por la Sala III de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo¹³.

Pero volvamos al siguiente dato: Resulta ser –según explica Gordillo en su reedición de la administración paralela- que *“la ley de procedimiento administrativo, aún hecha con el mejor criterio jurídico no se cumple eficazmente sino en aquello que tiene de limitativo para el particular y de atribución de potestades para la administración pública”*¹⁴. Aquí llegamos a la válvula de escape de la ley: el punto de fuga de la legitimidad del sistema. Porque:

(...) en cuanto la ley introduce criterios de (...) defensa del administrado o control de la actividad administrativa, la realidad en general muy poco recoge de los nuevos preceptos. Resulta de ello que subsiste un procedimiento administrativo real, con

reglas y principios que conocen y manejan los que se especializan por ejemplo en gestiones o trámites ante la administración pública, y un procedimiento administrativo legislado que en parte coincide con aquél y en parte no. Es como si fueran dos círculos parcialmente superpuestos; en cuanto ambos círculos se cortan, tenemos normas que son al propio tiempo legal círculos no tienen de contacto, cada uno tiene normas que son ajenas al otro. Hay así normas legales que no se cumplen y normas reales que no están en la ley¹⁵.

Y esto se ve, claramente, en las actuales condiciones de operatividad del derecho de petición, o mejor dicho, como lo llama la profesora Miriam Ivanega, aquí nos encontramos con la enfermedad que se procura tratar con tres remedios brillantemente explicitados en su obra. Dice la autora:

Se optó por identificar a este trabajo con el término “remedios”. Y esto es así porque entendemos que las figuras analizadas tienen por objeto “producir un cambio favorable en las enfermedades” de la organización administrativa. Las enfermedades de la Administración, la trascienden y proyectan sus efectos fuera de ella, perjudicando a los particulares en el ejercicio de derechos y garantías. Por eso, los “remedios” aquí abordados, sólo constituyen paliativos para disminuir los efectos nefastos que producen las anomalías de la organización pública. Esto es así porque en realidad son instrumentos que atacan el síntoma (la mora) sin curar la enfermedad, es decir producen una cura parcial o relativa en relación al afectado directo: el ciudadano. En definitiva, sin dejar de valorar los mecanismos legales abordados, lo cierto es que el problema de la mora obedece a causas tan arraigadas y antiguas como la Administración misma. Y si bien ello ya conforma nuestra idiosincracia, no podemos soslayar la progresiva degradación de las estructuras y de los mecanismos de gestión y control, que ponen en riesgo el cumplimiento de los fines estatales y que en lo particular, van tendiendo a que la mora administrativa de ser un síntoma pase a convertirse en una enfermedad crónica¹⁶.

12 *Ibid.* p.: AP-II-10.

13 CAF-III, Sentencia del 18/04/2011, “BIOSYSTEMS SA C/ EN - M° SALUD - HOSPITAL POSADAS S/ CONTRATO ADMINISTRATIVO”. Ver también: CSJN, 26/03/2009, “Ávila, Félix Esteban c/ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos s/ art. 3° ley 24.043”; CSJN, 11/06/2003, “Exolgan S.A. c/ Administración General de Puertos s/proceso de conocimiento”.

14 Gordillo, *Op cit.*, p.: AP-II-7.

15 Gordillo, *Op. Cit.*, ps.: AP-II-7 y 8.

16 Ivanega, *Miriam, Op cit.*

De allí que la fenomenología expuesta evidencia un procedimiento administrativo de la *realidad* (el construido a partir del sigilo del funcionario *vis a vis* la cautela del peticionante, cara y ceca de una misma moneda, percibida como única opción eficaz para la realización de los derechos e intereses) y un procedimiento administrativo *legislado* cuyo único punto de coincidencia con aquel, en el tema bajo tratamiento, reside en la previsión normativa de la denegatoria ficta del silencio.

Se insiste entonces, la pervivencia de este instituto de la denegatoria ficta en el sistema legal y judicial nacional -solo posible por su aún inexplicable desconexión con la hermenéutica supranacional de los derechos humanos-, al validar la percepción, en nuestro universo, de los operadores jurídicos para quienes el acierto reside en el silencio y que éste solo se conjura mediante mecanismos persuasivos, los cuales van desde sutiles gestiones de intereses hasta brutales protestas sociales, minan la credibilidad de los tres “remedios” tradicionales y lamentablemente los degradan –las mas de las veces- al triste rol de los placebos¹⁷.

17 Es que uno de los núcleos del problema que planteo finca en el incentivo negativo que comporta la pervivencia de la denegatoria ficta dentro del instituto del silencio por operar como válvula de escape de la obligación jurídica de resolver. Es decir, por ser una norma “irrazonablemente disvaliosa”. De nada vale reconocer el derecho fundamental a la buena administración ni especificar normativamente que el debido procedimiento adjetivo comprende la obligación de resolver, si luego el mismo ordenamiento tolera –mediante la denegatoria ficta- que no se resuelva. Siguiendo la lógica de Gordillo, claramente tenemos a la denegatoria ficta operando un umbral de indefensión que reduce a un marco de apartamiento constitucional, irrealidad y exceso al derecho a la resolución fundada. Explica el autor: “Los apartamientos constitucionales pueden revestir múltiples formas (...) pueden ser vacíos legislativos que implican inexistencia de medios adecuados de defensa del particular ante la administración. Sin embargo, pensamos que existe una preponderancia, dentro de los supuestos de normas existentes y formalmente vigentes que son inconstitucionales por irrazonablemente disvaliosas, en que tal inconstitucionalidad se presenta bajo la forma de exceso e irrealidad de la norma. En efecto, se abusa al crearla de lo que razonablemente puede ser el rol orientador y paradigmático o arquitectónico del derecho. Se plantea como norma de conducta no ya lo deseable y posible, sino meramente lo humanamente imposible e irrealizable, por tanto lo que sólo puede quiméricamente ser “deseable”, pero no del plano de las reales conductas humanas. Relataba Bielsa que un constitucionalista brasileño, al ser consultado sobre qué reformas propondría a la Constitución, propuso lo siguiente: “Artigo único: Tudo brasileiro fica obrigado a ter verghona”. Se resume allí, por una parte la irrealidad de querer todo llevarlo a una norma escrita, y por la otra, que la clave del buen funcionamiento de un sistema está no tanto en su texto como en los valores con los cuales los ciudadanos efectivamente se comporten, y que de nada vale, sin tales valores, cualquier esquema constitucional y cualquier aspiración que en el plasmemos” (Gordillo, Agustín,

El autor aclara que se adscribe a la categoría de “remedios”, entendida desde la concepción de Dra. Ivanega y su calificación a los mecanismos de combate de la morosidad administrativa, por compartir con ella que las figuras del amparo por mora, silencio y queja debieran servir a la ratio de “*producir un cambio favorable en las enfermedades*” de la organización administrativa.

2. LA CUESTIONABLE TÉCNICA DE LA DENEGATORIA FICTA Y SUS INCENTIVOS NEGATIVOS

Dicho todo lo anterior, el autor cree que el régimen jurídico del silencio administrativo, y especialmente el sistema de la denegatoria ficta, no se adecua a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto por erigirse en un incentivo normativo negativo, que erosiona a la obligación jurídica de resolver contenida en el artículo primero, apartado f inciso e del régimen de procedimientos administrativos. Siendo así, se constituye en campo fértil para que se produzcan prácticas administrativas funestas, plagadas de ignominias y retardos –e inclusive muchas veces rayanas con la corrupción-, tales como los que la jerga denomina “*cajoneo*”.

Todo esto nos advierte de la consecuente inadecuación del régimen del silencio a los postulados de la tutela administrativa efectiva contenida en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el derecho al recurso efectivo contenido en el artículo 2do, apartado 3ro, inciso a, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente.

Señalo que ello es así dado que estas normas, supranacionales, recaban de los Estados el establecimiento de mecanismos e incentivos eficaces de resolución administrativa en tiempo real, como brevemente presentaremos.

Y, si de eficacia se trata, tenemos además una inadecuación marcada por la complejidad de la telaraña jurídica del silencio porque el régimen de combate contra la morosidad administrativa, prevista en el régimen de procedimientos administrativos, descarga sobre el particular toda

“Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas” T. 6, 1ra. Ed., F.D.A., Bs. As. 2012, ps.: AP-II-3).

la carga de demostrar el incumplimiento estatal –tal como minuciosamente expone Ivanega en su obra¹⁸–; puesto que, para conjurar al silencio, no solo debe aguardar plazo, pedir pronto despacho y aguardar un plazo suplementario, sino que, asimismo, debe accionar judicialmente en amparo por mora – más el deber de demostrar todos los recaudos que ameritan su procedencia - para obtener una orden judicial de pronto despacho la cual, a su vez, redimirá la mora al concederle un plazo suplementario a la administración para a lo sumo obtener un consabido acto administrativo de rechazo.

Entonces, por sus condiciones operativas, cuadra recrear los señalamientos del destacado profesor Guillermo Muñoz cuando enseñaba que el régimen jurídico de conjura al silencio tiene mucho de espejismo: sería solo una apariencia de garantía pues el Juez quien de por sí se encuentra sobrecargado de trabajo y, por ello, enfrenta severos condicionamientos para sentenciar en tiempo razonable, le va a exigir a la administración que cumpla algo que él tampoco puede cumplir. Es que, precisamente, ya hace más de veinte años atrás este destacado autor nos advertía de una realidad que hoy, lejos de haberse conjurado, luce como desbordante, al señalar:

(...) el número de causas contencioso administrativas viene creciendo a un ritmo vertiginoso, a un ritmo que supera las posibilidades materiales de los jueces de primera instancia cuyo atraso ya es serio. Dentro de este contexto las órdenes de pronto despacho resultan un contrasentido: el juez le ordena que la Administración haga lo que él no puede hacer. Este contrasentido crea una evanescente ilusión: quien acude a la justicia requiriendo esos mandamientos se asombra por la rapidez con que son despachados, pero cuando después vuelve a discutir el problema de fondo por las vías ordinarias se encuentra frente a otra realidad, frente a otra justicia. Entonces, comienza a comprender que resultó víctima de un espejismo, cuando no de una diabólica trampa; que el amparo por mora es apenas un atajo que conduce a un callejón sin salida.¹⁹

18 Ampliar en: Ivanega, Miriam, *Op. Cit.*

19 Muñoz, Guillermo. *Op. Cit.*, ps 685 y 686, quien premonitoriamente remataba su aserto preanunciando una realidad que comenzamos a vivir pocos años después de la reforma constitucional de 1994: “Y si esto ocurre con la inactividad formal, no se qué podría pasar si se abren las compuertas del control a la inactividad material”.

Esta realidad, constituye un incentivo negativo, puesto que por sus resultados el propio sistema jurídico incentiva a no ocurrir al amparo por mora. Máxime que en el único caso para el que sería útil: para que la administración pague lo que debe, la interpretación de la ley lo prohíbe.

El espejismo se acentúa y el incentivo negativo a usarlo llega a su punto máximo en actos a dictarse en ejercicio de potestad discrecional: Precisamente, cuando necesitamos obtener un favor de la administración, tal como la obtención de un permiso o licencia u otra forma de delegación de cometidos económicos o la prórroga de una concesión vencida o la resolución de un procedimiento selectivo jamás se nos ocurriría ir en busca de alguno de los tres remedios.

Sabido es por todos nosotros que frente a tales supuestos los usos aconsejan “no molestar al magistrado para pedirle aquel consuelo que por nuestra impaciencia la administración no concedió”.

Entonces, insisto, todos sabemos que a nadie se le ocurriría jamás utilizar la vía del amparo por mora para aquellos casos en los que se encuentra el juego cuestiones vinculadas con el emprendimiento, el desarrollo o el mantenimiento de un destino o iniciativa empresaria del que dependa la suerte y fortuna de múltiples familias.

Con lo dicho se observa que en la real operatividad del régimen legal de petición y silencio administrativo están ausentes, o erosionados, los estándares de la Corte Interamericana: (i) de resolución expresa en tiempo razonable, (ii) de tramitación con diligencia y eficacia, (iii) de sencillez de trámite. Claramente el sistema legal vigente, seguramente muy útil y de avanzada 40 años atrás, hoy es inadecuado²⁰.

20 Me resulta imposible evitar recrear la seductora evocación que el Profesor Guillermo Muñoz hiciera respecto de la semblanza abandonada de la ley proferida por Foucault: “Tan pronto como se la mira, dijo, el rostro de la ley se da media vuelta y entra en la sombra; en cuanto uno quiere oír sus palabras, sólo consigue oír un canto que no es otra cosa que la promesa de un canto futuro. Al igual que el de las sirenas, su fascinación no nace de su canto actual sino de lo que promete que será ese canto. Y lo que de ella escucho simplemente dice que el Derecho es algo más que un mero adorno de la pasión, del interés o del prejuicio” (Muñoz, Guillermo, “Régimen Jurídico del Amparo”, conferencia dictada en la Universidad Austral, en julio de 1996, publicada en Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco. *Op Cit.* p 718).

2.1. Inconveniencias de trasladar a la sede judicial la exigibilidad de la obligación de resolver en sede administrativa

Claramente, en el régimen vigente, la obligación de resolver para la administración, en concreto, recién será exigible con el dictado de la orden judicial de pronto despacho en el marco de la acción judicial de amparo por mora. Ello fue un avance trascendental cuarenta años atrás. Hoy ya no lo es dada la exponencial ampliación de la tutela judicial operada a partir de la reconfiguración del plexo constitucional de 1994. Se agrega entonces este componente, que, hoy a diferencia de ayer, nos enfrenta a la inadecuación del sistema: la sobreacumulación de causas en el poder judicial que exige de parte de sus integrantes un esfuerzo enorme para atenderlas, ya no en plazo real porque eso es casi imposible. Los justiciables nos contentamos con que tan solo se nos resuelva²¹.

Ya no pedimos del juez un plazo oportuno, eficaz, porque sabemos que humanamente ellos están desbordados; hecho notorio también justificante del progresivo desarrollo de mecanismos alternativos de solución de controversias. Este dato de la realidad viene – como explicaba Muñoz bastante tiempo atrás– a reducir a la telaraña jurídica del silencio, en solo un espejismo: se le pedirá al juez que le ordene a la administración algo que ni ella ni él pueden cumplir. Todo parece indicar que la solución de fondo al problema de la inactividad de la Administración no puede ser alcanzada a través del control judicial porque el funcionamiento de la justicia no es mucho mejor que el de la Administración. Los derechos consagrados en las nuevas constituciones concurren a profundizar el abismo existente entre las prestaciones prometidas y las efectivamente acordadas²².

21 Lo que no dije es que los justiciables somos igualmente responsables por este desasosiego. También aquí el luminoso pensamiento omnipresente de Muñoz quien, siguiendo a Satta, decía: “la crisis del proceso es la crisis de los jueces y de los abogados. Unos y otros han contribuido, por razones muy distintas, a crear este complejo tejido de trámites contradictorios que distancian al proceso de los fines que está llamado a cumplir, que lo muestran como una trágica caricatura de lo que debería ser”. *Lapidario. Lo peor es que la admonición de este gran juez y Maestro luce real. Y para colmo, actual.* (Muñoz, Guillermo. *Op cit.* p. 560).

22 *Ibid.* p. 686. Y agregaba Muñoz: “Es que, el derecho tiene sus límites. Si bien puede ser un instrumento apto para corregir las ocasionales omisiones de una Administración eficiente, fracasa cuando se le pide que, en un acto de singular taumaturgia, transforme una Administración estructuralmente inepta en otra diligente y eficaz. Después de todo, las exigencias sociales no se satisfacen con fórmulas jurídicas, pues se trata de

2.2. Aproximaciones a la crisis de la actual formulación del silencio administrativo

Por todo lo anterior, en opinión del autor, hay una crisis endógena y exógena del silencio.

La primera, interna, porque las condiciones de operatividad ya no son las mismas que 40 años atrás por la ampliación exponencial de las situaciones jurídicas administrativas que merecen –por un lado– cobertura y pronunciamiento expreso administrativo y –por el otro– que recaban de una tutela judicial que ya dejo de ser limitada al dogma revisor y fue llamada a atender situaciones vinculadas con el reestablecimiento y reconocimiento de derechos, tanto individuales como colectivos²³. Todo esto, al determinar deficitarias condiciones de operatividad del sistema lo tornan ineficaz.

La segunda, externa, por el incentivo negativo que comporta la pervivencia de esta telaraña jurídica que dista de ser un sistema sencillo, para atender situaciones antes no justiciables por el orden administrativo.

Adviértase que hoy, por conducto de la especificación de derechos fundamentales y consecuente reordenamiento de potestades estatales operados por la reforma constitucional de 1994, la administración se encuentra jurídicamente obligada a atender –con o sin acto administrativo– cuestiones de alta sensibilidad económica y social que ya han prefigurado los contornos de un verdadero derecho público social, situación ésta que antes no era tan clara²⁴.

una realidad “rabiosamente política y social”.

23 Mucho se ha escrito al respecto desde variadas perspectivas, inferencias y sobre las diferentes proyecciones que provoca la necesidad de constante reconfiguración y cambio de las instituciones jurídico administrativas para afrontar la nueva realidad. Así, desde el célebre “La Crisis del Estado” del Ilustre Profesor Italiano Sabino Cassese traducido al español, pasando por sus trabajos: “Oltre lo Stato”, Laterza, 2006 y por “The rise of the Administrative State in Europe”, Milano, Giuffrè, 2010, especialmente su puntos 7° “The main features of the classical configurations” y 8° “Continuity and change”, hasta su reciente y magistral obra “El Derecho Global, Justicia y Democracia más allá del Estado”, Sevilla, Global Law Press, 2010 y en nuestro país la obra de Agustín Gordillo, especialmente los Capítulos II a II del T. I de su “Tratado de Derecho Administrativo y Obras selectas”, hasta la reciente obra VVAA, “Estudios jurídicos sobre Administración Pública”, Fernández Ruiz, Coordinador, U.N.A.M., México, 2012 y el “Curso de Derecho Administrativo” del Profesor Carlos Balbín, Ts. I y II, Bs As, La Ley 2007.

24 A modo de homenaje perpetuo me remito al pensamiento que mi entrañable Maestro y amigo Germán Bidart Campos proyectó en su obra y, por eso, con él, digo: “En la actualidad, la doctrina constitucional acude mucho a la

En este contexto, el viejo sistema no ofrece soluciones frente a la novedad plasmada en el nuevo plexo constitucional. Por el contrario, solo es apto para desdibujar la obligación estatal de atender situaciones de alta vulnerabilidad social ya que opera desde las rémoras de otro derecho administrativo, pasado, restringido a derechos subjetivos e intereses solo económicos²⁵.

denominación de constitución económica para referirse a las normas que la constitución contiene en la materia (...) Guste o no aquella denominación, lo cierto es que el orden social y económico del estado ya no es, hoy, algo "extraconstitucional", sino una realidad a la que alcanzan las valoraciones constitucionales. Y cuando se habla de un estado democrático, o de un estado social y democrático de derecho, es imposible ignorar o menospreciar todo el repertorio de pautas que se enderezan a prever el modo como la presencia de ese mismo estado se enclava y se compatibiliza en la libertad (de trabajar, de industria, de comercio, de empresa, de contratar, etc.), en el mercado, en la competencia, y en los derechos sociales. Áreas tan sensibles no pueden manejarse con un criterio exclusivamente económico (...) Las consecuencias que dimanen de admitir que la constitución económica -o socioeconómica- se inserta en "el derecho de la constitución" y se juridiza formalmente, son múltiples. Así, es menester que todo lo que antes pudo considerarse íntegramente emplazado en relaciones jurídicas privadas se tenga ahora como propio parcialmente del derecho público; por otro lado, conviene convencerse de que la etapa del clásico liberalismo y de su constitucionalismo ya agotó su ciclo, pertenece al pasado, y demanda el complemento del constitucionalismo social; asimismo los cambios que sobrevienen a escala mundial (...) exigen encuadrarse en el marco del estado social (...) Nuestro empeño en esbozar este lineamiento de la constitución socioeconómica al hilo de la reforma de 1994 ha procurado mostrar con la mayor nitidez posible cuál es la orientación imperativa que descubrimos en el derecho de la constitución (...) Los poderes públicos y los particulares no pueden ser reacios, porque la constitución los obliga. Nos obliga a todos. (...) La constitución es como un laboratorio del que deben salir todos los productos que el poder tiene que suministrar a la sociedad, así como los que la propia sociedad elabora, también los que pertenecen al orbe de la economía y las finanzas. Con la reforma de 1994 ese laboratorio ha recibido pautas específicas al perfilar un estado social y democrático de derecho (...) el poder económico no puede independizarse de su subordinación a la constitución (...) La constitución que nos rige (...) diagrama una constitución económica democrática en un estado social y democrático de derecho". BIDART CAMPOS, Germán, "El constitucionalismo social (Esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)", en VVAA - Coordinador: Germán Bidart Campos, "Economía, Constitución, y Derechos Sociales", Bs. As., EDIAR, 1997, ps.: 192, 193, 195 a 197).

²⁵ El pensar a cerca de la capacidad administrativa real del Estado de afrontar la progresiva expansión de tales núcleos prestacionales desde una estructura que, en su cultura de sigilo, sociológica y operacionalmente permanece con sus valoraciones inalteradas, me reconduce nuevamente al pensamiento crítico de Muñoz, quien más de veinte años atrás profería ésta admonición: "A veces temo que, de cara a esa inexorable realidad cotidiana, mi entusiasmo por esas vías procesales corra el riesgo de trocarse en quimera, pues a pesar de que existen y son utilizadas; a pesar de que vistas en su conjunto las soluciones creadas por nuestro ordenamiento se asemejan al sistema instaurado por la ley de la jurisdicción contencioso administrativa alemana de 1960, seguimos padeciendo cotidianamente, las consecuencias de una Administración dolorosamente ineficaz" (BIDART CAMPOS, Op Cit, p. 686).

Hoy, además, la masividad, el desarrollo de las tecnologías de la información (IT, por su siglas en inglés) aplicable a la gestión administrativa²⁶, unido a la progresiva reconversión de la programaticidad constitucional en operatividad humanitaria con la subsecuente reconfiguración de clausulas programáticas en obligaciones jurídicas y judicialmente exigibles determina que el sistema deba simplificarse y, consecuentemente, reflejarse en la modernización de las normas de procedimientos administrativos, las cuales, incluso debieran orientarse a su democratización en términos de lenguaje para satisfacer estándares humanitarios; deba ganar sencillez y eliminar de una vez por todas cualquier resquicio que le evite a la administración pronunciarse; máxime porque -insisto- los enormes progresos tecnológicos ya aplicados a la administración -la actual gestión informática de la administración tributaria argentina es un excelente ejemplo de ello- lo hacen certeramente posible. Sin embargo,

²⁶ Adscribo a la posición del gran maestro argentino Agustín Gordillo para quien la modernización de la administración pública pasa hoy por la imperiosa necesidad de incorporar en ella las tecnologías de la información las cuales primero tienen que ser internalizadas en nosotros sus operadores cotidianos, lo cual en sí es todo un desafío. Explica que el tema es lo que el llama "tarea imposible, no porque sea imposible modernizar la administración pública a través de las tecnologías de la información, sino porque es imposible encarar el tema sin el aporte simultáneo de abogados e ingenieros en sistemas, trabajando en equipo mucho tiempo (...) el primer problema que se presenta es poder llevar a cabo este dialogo interdisciplinario que resulta indispensable para la mutua comprensión y el logro eventual del objetivo común. No podemos pedirle al ingeniero en sistemas que aprenda nuestro vocabulario, pero sí podemos aproximarnos a entender alguna parte del suyo, para poder formular las preguntas y los cuestionamientos o requerimientos en forma mutuamente comprensible (...) La administración pública, con excepción de la tributaria y alguna otra que puedo ignorar por su mayor especialidad (imagino trámites aduaneros de importación y exportación, operación de servicios públicos controlados por la administración, etc.) todavía está en sus comienzos (...) Propongo que la administración pública establezca organismos imparciales e independientes para resolver colegiadamente el aspecto técnico, tanto en software como en hardware y desde luego jurídicamente, de todo el inevitable proceso de digitalización de la actividad del Estado y las tecnologías de la información en general (...) La administración y los abogados deberemos dejar de confiar en los expedientes físicos de papel como principal soporte probatorio y documental, y pasar al soporte, foliatura y cuerpos digitales. Los expedientes físicos son convenientes por un tiempo, pero luego están destinados a desaparecer físicamente. La administración ya no los tiene siquiera cuando pasan diez o quince años, y no está en condiciones de defender un juicio internacional o arbitral con documentación antigua que no conoce ni puede encontrarla. De ahora en más deberá tener su propia cloud computing para los expedientes, si no confía en la cloud computing privada del mundo contemporáneo". Ampliar en: Gordillo, Agustín, "IT y la modernización de la administración pública", en VVAA "Estudios jurídicos sobre la Administración Pública", Jorge Fernández Ruiz - Coordinador, UNAM - Benemerita Universidad Autónoma de Puebla, México 2012, ps. 1-11.

resulta claro que nos encontramos bastante lejos de ello²⁷.

Entonces la crisis exógena o externa se determina por la inadecuación del viejo régimen de la petición y silencio a la nueva realidad y plexo constitucional, llamado a servir hoy en el marco de los nuevos paradigmas del derecho público²⁸, tan fuertemente atravesados por la interpretación “evolutiva y humanitaria” de los derechos humanos²⁹.

27 No es nuevo el divorcio entre adelantos tecnológicos y procedimiento administrativo. Ya lo marcaba Muñoz 20 años atrás. Solo que ahora es más marcado porque la brecha entre progresiva ineficacia en la gestión de los tramites proveniente de la sobreacumulación de trabajo y vertiginosos adelantos de IT (tecnologías de información) se encuentra muy acentuada en la actualidad. Me retrotraigo pues a los sus admonitorios señalamientos: “Parece evidente que vivimos, unos como protagonistas, otros como observadores, algunos como pasajeros, en un mundo tan complejo como contradictorio. Sometidos a la presión feroz de un progreso tecnológico que nos desborda, la euforia por esas conquistas apenas disimula el lacerante desconcierto que nos corroe (...). Es una época extraordinaria la nuestra. Todo parece hoy cuestionado: las relaciones con el poder, con la autoridad, las economías, los sistemas políticos. Y en medio de esas paradójales situaciones conviven simultáneamente los cometidos prestacionales del Estado y la inercia de la Administración; la motorización normativa y la dimisión del legislador” (Muñoz, Guillermo, “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa”, Ob. cit., p. 685). Al respecto, ver también Gordillo, Agustín, Ob. cit., especialmente: Cap. II: “Pasado, presente y futuro en el Derecho Administrativo”; Cap. III: “Bases políticas, supra constitucionales y sociales del derecho administrativo”; Cap. IV: “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio”.

28 Nos recordaba Muñoz que “el proceso contencioso administrativo no es una institución ácrona, integrada por técnicas inmutables. En su conformación gravitan condicionamientos históricos e ideológicos. Nacido para garantizar los derechos de los individuos frente a la actividad ilegítima de la Administración, los cauces procesales a través de los cuales se concreta fueron diseñados de cara a esa finalidad. Pero ocurre que las bases políticas y sociales sobre las cuales el proceso así configurado se apoyaba, sufrieron formidables cambios. Es que cada invento, cada ciencia, tiene un cierto aire de época. Y como los rasgos fundamentales del Derecho Administrativo se configuraron en el siglo pasado, hoy sigue arrastrando el peso de su concepción originaria: la defensa de los derechos individuales frente a las actuaciones administrativas” (Muñoz, Guillermo. Op. cit., ps.: 676-677).

29 Sirva esta afirmación de merecido homenaje a nuestro querido Profesor Jorge Luis Salomoni -siempre recordado con afecto- quien, siguiendo el pensamiento de Pedro Nikken, resaltaba la importancia del art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos por contener las normas de interpretación a que se debe sujetar el pacto y reconocer las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías inherentes a la dignidad de la persona humana o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, todo lo cual posibilita incorporar dentro de los tipos jurídicos del pacto a los nuevos derechos y garantías que se vayan incorporando en la cultura jurídica situada. De allí que siguiendo a Nikken afirmaba que “la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la

3. Derechos humanos y procedimiento administrativo

Sentado lo anterior, encuentro necesario remarcar la aplicabilidad directa de las normas e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos al ámbito del procedimiento administrativo³⁰: La regla del debido proceso, en los términos de la Convención, se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal operando como punto de partida del “control de convencionalidad” de la administración, interrelacionado al “derecho a las garantías”, al orientarse a reconfigurar los institutos basales del procedimiento administrativo de cara a su necesaria armonización con el orden público superior de los derechos humanos, todo lo cual no debiera ser otra cosa que la búsqueda de la aplicación armónica del derecho vigente³¹. Búsqueda que, por lo demás, lleva en nuestro derecho más de dos décadas³² y recién dentro del último lustro pareciera haber comenzado a cristalizar algunos

conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones”. Luego, la interpretación humanitaria, siguiendo a Nikken, la encuentra en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que sienta la regla general de interpretación de tales instrumentos internacionales al establecer que: “Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Es decir, tal como enseñaba Salomoni, “que en el caso de los tratados sobre derechos humanos, deberá estarse siempre por la plena vigencia y protección de tales derechos y por supuesto, por la ampliación progresiva de los mismos” (Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos, Bs. As., Ad-Hoc, 1999, ps.:453 a 455).

30 Problemática que motivó a la Fundación Konrad Adenauer a realizar un Workshop en Derechos Humanos, del que tuve el honor de participar junto con otros Colegas, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 08 de mayo de 2012, denominado: “Estrategias para la implementación del sistema interamericano de derechos humanos por los operadores jurídicos”. En dicha oportunidad se discutieron los borradores del proyecto de comentario a los artículos 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo documento de trabajo y sentencias allí tratadas constituyen base del análisis que seguidamente se realiza.

31 Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto, “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”, en VVAA, “Diritti Interni, Diritto Comunitario e Principi Sovranazionali, Profili Amministrativistici”, a cura de Vera Parisio, Milano, Giuffrè Editore, 2009, ps.: 151-177.

32 Corono mi recuerdo al Profesor Salomoni recreando su trabajo inédito de 1988 –que tantas veces mencionaba- en coautoría con las Profesoras Ana María Bezzi y Ernestina Frascheri, titulado: “La Convención Americana de los Derechos Humanos y la Legitimación Procesal en el Contencioso Administrativo”, por él citado en la nota 59 de la página 454 de su “Teoría General de los Servicios Públicos” (ob. cit., Bs As, Ad Hoc, 1999). Cuadra también remitir a: VVAA, Gordillo, Agustín –Coordinador- “Derechos Humanos”, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 1990.

de sus ratios, merced a los esfuerzos de la judicatura y la doctrina especializada³³.

3.1. Internalización de los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa. Superación de las dificultades

Es un dato de la realidad que aún no se han logrado condiciones adecuadas y plenas de operatividad, *ad-intra* administración, de los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos –especialmente los relativos al debido proceso y el “derecho a las garantías” específicamente consagrado en las cláusulas 8° y 25³⁴.

Los derechos humanos aún no se han integrado plenamente a la “cultura de la administración”, la praxis administrativa dista de encontrarse familiarizada con la nueva racionalidad puesto que aún no ha sido internalizada como “buena” por sus operadores, para quienes la operatividad y sistematicidad de los derechos humanos fungiría en un estrato tan superior que, por tal motivo, resultaría –aún hoy- absolutamente ajenas a la cotidianeidad de los “trámites” administrativos. En cuyo ámbito, el reglamento, frecuentemente escindido de sus bases legales y constitucionales

–sus “instructivos”, sus “aplicativos” y hasta los modelos estandarizados de informes, dictámenes, actos y contestaciones de demandas judiciales en lo contencioso administrativo-, resulta soberano y deviene como único instrumento dotado de auténtica operatividad en el seno de la oficina pública.

En este escenario, los derechos humanos en la cotidianeidad administrativa son aún incomprendidos pues su utilidad y herramientas de aplicabilidad concreta en la administración, todavía no son objeto de adecuada concientización y capacitación “*in situ*”. El cuadro se agrava por la ancestral pervivencia de un más que significativo cúmulo normativo y reglamentario ciertamente vetusto. Todo ello configura una situación de “ajenidad”: Al operador le resultan absolutamente ajenos tanto los específicos usos del lenguaje, en materia de derechos humanos, cuanto las categorías, estándares, reglas y procedimientos mediante los cuales debiera operar el sistema. A casi 20 años de la reforma constitucional, la internalización de los Derechos Humanos en la cotidianeidad administrativa, sigue siendo una tarea pendiente.

3.1.1. Quid de la aplicación al procedimiento administrativo de los estándares establecidos por la corte interamericana respecto a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

En primer lugar, es central tomar en especial consideración que tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizaron en que las llamadas “*debidas garantías*” (que conforman el “*derecho a las garantías*” generales contempladas en el artículo 8 de la convención) se aplican a “*toda materia que concierna a la determinación de los derechos y obligaciones inclusive en el campo de las administraciones públicas y por ende en este tipo de materias el individuo tiene derecho al debido proceso que se aplica en materia penal*”³⁵.

33 Ver: Ver: Pinto, Mónica, “Temas de Derechos Humanos”, Bs. As., Editores del Puerto, 2009 especialmente su Cap. V “Aplicación en los ámbitos internos” y VVAA, Albanese, Susana –Coordinadora- “El Control de Convencionalidad”, Bs. As., EDIAR, 2008, en especial los capítulos siguientes: Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” (ps.: 13 a 47) y Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo” (ps.: 47 a 63). Específicamente, reconocía el autor en 2008 que “No obstante encontrarse en un todo de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y las diversas legislaciones americanas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió [en 2007] fijar posiciones sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de éstos de contar con reglas claras en cuanto al accionar de los agentes administrativos y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar prácticas arbitrarias y discriminatorias. Asimismo, fijó estándares a ser aplicados en el procedimiento administrativo tales como el derecho a una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación del plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la administración y a contar con asistencia legal” y remata su trabajo el Profesor Gregorio Flax señalando que “todo funcionario público, sea éste de carrera o político, debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la Corte IDH y a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de las mismas” (Flax, Gregorio, Op. cit, ps.: 48, 62).

34 Situación que fue discutida en el Workshop “Estrategias para la implementación del sistema interamericano de derechos humanos por los operadores jurídicos”, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012 junto con la Fundación Konrad Adenauer.

35 Corte IDH, (Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, parr. 28). Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.

De manera que,

(...) cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública incluida la autoridad administrativa, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas³⁶.

Y de acuerdo con la Corte IDH el derecho a ser oído comprende dos ámbitos, el formal y el material. El ámbito formal o procesal del derecho implica

(...) asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales”. Por su parte, el ámbito material del derecho a ser oído supone “que el estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido”, enfatizando así la obligación expresa de expedirse, ya que para la Corte “esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se deba garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”³⁷.

Pues bien, recreados estos estándares corresponde adentrarse a sus especificaciones en el marco de los criterios sentados por la Corte Interamericana.

36 Corte IDH, (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 1° de julio de 2011. Caso Chocrón - Chocrón Vs. Venezuela, párrafo 115. Corte IDH, “Barbani Duarte y otros Vs. URUGUAY”, Sentencia de 13 de octubre de 2011, párrafos 118, 119.

37 Corte IDH, “Barbani Duarte”, Op cit., párrafos: 121, 122. El análisis de este caso es de importancia en nuestra especialidad por su especial proyección en el ámbito del procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo, especialmente los alcances de la garantía del debido proceso. La Corte declaró a Uruguay responsable internacionalmente por haber violado: a) el ámbito material del derecho a ser oído de 539 personas que interpusieron peticiones ante el Banco Central para la determinación de los derechos otorgados a través del artículo 31 de la Ley 17.613, debido a que dicho órgano realizó un examen incompleto del fondo de las peticiones de manera que el procedimiento administrativo especial a cargo de dicho banco resultó inefectivo; b) el derecho a un tratamiento sin discriminación, en relación con el derecho a la garantía procesal de una debida motivación, en perjuicio de Alicia Barbani Duarte y Jorge Marenales, respecto de sus peticiones ante el Banco Central, y c) el derecho a la protección judicial en perjuicio de doce personas en relación con las acciones de nulidad que interpusieron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, debido a que ese tribunal incurrió en un examen incompleto de tales acciones.

3.2. El derecho al plazo razonable. La obligación estatal de obrar de forma diligente

Presentado lo anterior y reconocida la inexcusable obligación de expedirse como correlato del derecho a ser oído, en múltiples oportunidades la Corte IDH reconoció que ese derecho a la decisión solo se cumple si el pronunciamiento se dicta “en plazo razonable”³⁸, rematando con que “una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma una violación de las garantías” y, especificándose en la Sentencia del caso Torres Millacura, que además del plazo razonable se exige al órgano estatal obrar de “forma diligente”³⁹. Esto es de capital importancia pues, para la Corte IDH, no solo el órgano estatal tiene, primero, inexcusable obligación de expedirse siempre sino que, además, tiene la obligación de pronunciarse dentro de plazo

38 Corte IDH, “Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 73; “Heliodoro Portugal Vs. Panamá”, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párrafo 148, “Salvador Chiriboga Vs. Ecuador-Excepción preliminar”, Sentencia de 06 de mayo de 2008, párrafo 59.

39 Corte IDH, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago”, Sentencia de 21 de junio de 2002, párrafo 145; “López Alvarez Vs. Honduras”, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párrafo 128; “Torres Millacura Vs. Argentina”, Sentencia de 26 de noviembre de 2011, párrafo 116. Me siento en la obligación moral de recrear brevemente sus hechos determinantes por exteriorizar prácticas de violencia de fuerzas de seguridad provinciales y encubrimiento en la investigación en el período reciente: El 18 de abril de 2010 la Comisión Interamericana demandó a nuestro país por la detención arbitraria, tortura y desaparición forzada de Iván Eladio Torres Millacura y la posterior falta de debida diligencia en la investigación de los hechos, así como la denegación de justicia en perjuicio de sus familiares. El Tribunal consideró que el Estado admitió que el 26 de septiembre de 2003 el señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y trasladado a la Comisaría Seccional Primera de esa ciudad. Esta detención no fue registrada en el parte diario policial correspondiente. Posteriormente, en el mismo mes de septiembre de 2003 el señor Torres Millacura fue detenido por policías de Comodoro Rivadavia y llevado al lugar conocido como “Km. 8”, en el cual fue despojado de su ropa y zapatos, y golpeado, luego de lo cual los mencionados policías le advirtieron que debía correr para salvar su vida, y procedieron a dispararle mientras éste se tiraba a los matorrales para refugiarse de los balazos. Finalmente, el 2 de octubre de 2003 fue detenido en una plaza pública y luego fue visto en la Comisaría Seccional Primera de Comodoro Rivadavia, lugar en donde, según dos testigos, fue agredido por varios policías. Desde esta fecha el paradero del señor Torres Millacura es desconocido (cfr. párrs. 65-67, 87). En concreto, nuestro país reconoció que “las investigaciones impulsadas por la rama judicial del Estado mostraron indicios de manipulación en la recaudación de la prueba, obstrucción de justicia y retardo procesal” (párr. 110) por lo cual el Tribunal concluyó que tanto la investigación no fue llevada a cabo de forma diligente y dentro de un plazo razonable, motivo por el cual se resolvió que el Estado violó los derechos establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana (cfr. párrafo 139).

razonable. Además, a partir de esta Sentencia – paradójicamente dictada contra nuestro país-, se termina de asentar un tercer requisito: La obligación procesal del Estado, insisto, de obrar de “*forma diligente*”.

Sin dudas, estos tres estándares concurren a reconfigurar al instituto del silencio y su denegatoria ficta cuyas bases de legitimidad, a las claras, ya se encuentran erosionadas. El estándar procedimiento o forma diligente, debiera afianzar la regla de certeza respecto de su duración; al evitar que la técnica de la denegatoria ficta siga operando como un modo de permitir continuar el procedimiento indefinidamente –obrar en absoluto diligente- en lugar de concluir los trámites⁴⁰.

3.2.1. Estándares de valoración de la obligación estatal de expedirse dentro de plazo razonable

La Corte IDH, además de los reconocimientos anteriores, estableció los siguientes estándares generales y especiales de valoración de la obligación de expedirse dentro de “plazo razonable” para cada caso concreto, en estos términos:

En primer lugar, en cuanto al estándar general, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Guichon v. France*, la Corte estableció que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta resolución definitiva y firme en el asunto con el cual se agota la vía⁴¹.

En segundo término, respecto de los estándares especiales, tomando como referencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Motta y Ruiz Mateos Vs. Spain*, la Corte IDH dijo que “*en la determinación de la razonabilidad del plazo en la que se desarrolla un proceso, se deben considerar cuatro elementos: 1°) la complejidad del asunto; 2°) la actividad procesal o procedimental del interesado – su impulso; 3°)*

la conducta de las autoridades; 4°) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo”⁴². Veamos cada uno de los cuatro estándares especiales.

Primero, en cuanto a la complejidad del asunto la Corte IDH se refirió a “*la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas*”, “*el número importante de incidentes e instancias*”⁴³ “*si el asunto comprende debates técnicos complejos*”⁴⁴.

Segundo, respecto a la actividad procesal del interesado, la CIDH dijo que “*se deben evaluar los comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación*” enfatizando que “*si la conducta procesal del propio interesado ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre el plazo razonable*”⁴⁵. La Corte IDH procura sentar pautas para determinar si el interesado entorpeció la tramitación o si hubo desinterés.

Tercero, respecto a la conducta de las autoridades “*se evalúan los comportamientos que por acción u omisión inciden en la prolongación de la actuación*”⁴⁶, “*(...) así como todos aquellos procesos o procedimientos no judiciales que de alguna manera inciden en la causa y que pueden dejar entrever el comportamiento de las autoridades públicas*”⁴⁷.

Cuarto, en lo concerniente a la afectación generada por la duración del proceso en la situación de la persona involucrada la Corte IDH señaló que se requiere determinar en el caso

42 Corte IDH “*Suarez Rosero*” Op cit., párrafo 72, “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”, Sentencia del 29 de enero de 1997, párrafo 77. El último elemento fue incluido en 2008 en el caso “*Valle Jaramillo Vs. Colombia*”.

43 Corte IDH “*Genie Lacayo Vs. Nicaragua*”, Op. cit, párrafo 78.

44 López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párrafos 163 y 176.

45 Corte IDH, “*Cantos Vs. Argentina*”, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 57, citando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Guichon v. France*, *Stoidis v. Greece* y *Glaser v. the United Kingdom*. Así, la Corte evaluó si el interesado entorpeció o no la tramitación o si hubo desinterés de su parte, si se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación del país, entre otros.

46 Corte IDH, “*Cantos Vs. Argentina*”, Op. cit, párrafo 57.

47 Corte IDH, “*Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*”, Sentencia de 7 de junio de 2003, párrafo 131.

40 Ver Gordillo, Agustín, Op cit. p.: VIII-39, punto 14.2. “*El premio de los que vigilan*”.

41 Corte IDH, “*Suarez Rosero*” Op cit., párrafo 71; *Bayarri Vs. República Argentina*, Sentencia del 30 de octubre de 2008 párrafo 105, “*Valle Jaramillo Vs. Colombia*” Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párrafo 154, “*Heliodoro Portugal*”, cit., párrafo 148.

concreto *“si el paso del tiempo incidió de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”* para lo cual es central *“tomar en consideración la materia objeto de la controversia”*⁴⁸.

No obstante, la Corte IDH se encargó de enfatizar que todo lo anterior se modula por intermedio de la valoración de *“las circunstancias particulares”*⁴⁹. Ello implica que, siempre, por sobre los cuatro estándares especiales: *“El deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable”*⁵⁰, todo lo cual debe encontrarse debidamente ponderado y motivado.

Lo interesante es la inversión de la carga probatoria del estándar anterior porque la Corte IDH ha establecido que *“siempre corresponde al estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable”* de suerte que si no lo demuestra la Corte IDH *“tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación”*⁵¹.

Este señalamiento reviste importancia porque traduce una verdadera finalidad tuitiva que, seguramente, operará subsecuentes reconfiguraciones en los órdenes internos ya que tal criterio no se verifica en los ordenamientos de procedimientos administrativos. Ello es así porque el criterio sentado por la Corte invierte la orientación general de las leyes de procedimientos administrativos y su subsecuente interpretación jurisprudencial que, inscribiéndose mayoritariamente dentro de ratios restrictivas, hace cargar –las mas de las veces– al particular con la carga de demostrar, por caso, el exacto incumplimiento de la administración, la existencia

de la norma exacta que se reputa inobservada. Además la verificación de demora administrativa y el perjuicio que concretamente ello irroge al particular, etc.

3.2.2. La obligación de pronunciarse y su vinculación con el derecho a la decisión motivada

A mayor abundamiento, cabe agregar que la extensión brindada por la Corte IDH al derecho a la decisión motivada también impacta sobre el silencio y, especialmente, sobre su denegatoria tácita, pues su finalidad democratizadora concurre a erosionar la escasa legitimidad del silencio y su denegatoria tácita. Así, la Corte exige que toda decisión –además de dictada dentro de plazo razonable y como resultado de un obrar diligente– sea debidamente motivada pues: *“La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión de manera que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”*⁵². Claramente: Autoridad que en una sociedad democrática produce decisiones motivadas; estructuras dictatoriales se expresan mediante arbitrariedad, sigilo, silencio, denegatoria tácita, es igual a decir que el Estado no necesita pronunciarse, simplemente porque no necesita ni exteriorizar su decisión para imponer su voluntad.

Adviértase que en la misma línea de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Hadjianastassiou v. Greece*, la Corte IDH señaló que *“las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”*⁵³ ya que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido *“oídas, que sus alegatos han sido tomados en cuenta y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Además, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores”*⁵⁴. Sin embargo, la Corte ha sido clara al

48 Corte IDH, “Valle Jaramillo”, Op. cit., párrafo 155.

49 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”, Sentencia del 31 de enero de 2006, párrafo 171; “García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia del 25 de noviembre de 2005, párrafo 167; “Anzualdo Castro Vs. Perú”, 22 de septiembre de 2009, párrafo 156.

50 Corte IDH, “Suarez Rosero”, Op. cit., párrafo 74 y “Juan Humberto Sánchez”, Op. cit., párrafo 130.

51 Corte IDH, en los casos citados: “Hilaire”, párrafo 145; “Anzualdo”, párrafo 156; “Radilla Pacheco”, párrafo 244; “López Mendoza”, párrafo 162. Y asimismo en: “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil”, Sentencia del 24 de noviembre de 2012, párrafo 219.

52 Corte IDH, caso citado: “López Mendoza”, párrafo 141 y “Apitz Barbera vs. Venezuela”, Sentencia de 5 de agosto de 2008, párrafo 77.

53 Corte IDH, “Yatama Vs. Nicaragua”, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 152 y 153; “Tristán Donoso Vs. Panamá”, Sentencia del 27 de enero de 2009, párrafo 153.

54 Corte IDH, Op. cit.: “Apitz”, párrafo 78; “Chocrón”, párrafo 118.

establecer un parámetro valorativo de los alcances de tal exigencia al señalar: "(...)el deber de motivar no exige una respuesta detallada a todo argumento de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión, y que corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha"⁵⁵.

En consecuencia, "la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión"; de manera clara y expresa, "a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad"⁵⁶. Por su parte en el ámbito disciplinario se vuelve "imprescindible la indicación precisa de aquello que constituye una falta y el desarrollo de argumentos que permitan concluir que las observaciones tienen la suficiente entidad"⁵⁷.

3.2.3. La efectividad

Cuadra introducir una breve reflexión relativa al estándar "efectividad" como pauta valorativa del derecho de defensa.

Así, sentencia la Corte que si mediante el derecho de defensa se "obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo"⁵⁸, de ello se sigue que éste implique para la Corte: "que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva"⁵⁹ Subrayado y negrita fuera del original.

Claramente, la efectividad al consistir en la capacidad o aptitud de lograr el efecto esperado - por caso, el pronunciamiento expreso dentro de plazo razonable enmarcado en un procedimiento diligente -, así presentada, erosiona aún más

las bases de legitimidad de esa nefasta válvula de escape que es, para la administración, la denegatoria ficta.

CONCLUSIONES

La administración tiene siempre el deber de resolver y, en la hermenéutica de la Corte Interamericana recreada hasta aquí, no existe ninguna razón ni justificación ni base de legitimidad alguna que permita explicar por qué, primero, deba el ordenamiento procedimental administrativo interno dispensar la inexcusable obligación administrativa de resolver -al tolerar la actual estructuración del silencio- y, segundo, deba reconocerle efectos negativos. En la ratio de la Corte Interamericana no hay razón alguna de pervivencia del instituto de la denegatoria ficta en sus actuales condiciones de operatividad.

Propongo al lector -avezado operador administrativo- por un instante figurarse el escenario normativo inverso al actual. Piénsese con criterio eminentemente práctico: ¿Qué sucedería si el silencio opuesto a peticiones que requirieren pronunciamiento concreto se interpretara por la positiva? Sé que usted sonreirá socarronamente y me dirá: La administración resolvería siempre. Eso sí, superaríamos esta discusión pero profundizaríamos la otra, más profunda, de fondo, alambicada y, acaso, irresoluble, la de la búsqueda de los incentivos orientados a la decisión razonada, proporcional y razonable. Ello, sin dudas, implicaría un paso adelante en la discusión por el afianzamiento de nuevos contornos del "derecho a la buena administración".

Entonces, nos preguntamos: Primero, ¿Hasta qué punto no le asiste alguna razón a aquellos autores que denuncian las funestas consecuencias acarreadas por la cada vez más acentuada existencia de dos derechos administrativos?, ¿Cómo deconstruir este fenómeno distorsivo que encuentra al derecho de petición tomado como rehén del silencio?, ¿Cuáles son los términos y componentes de este divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio?, ¿Dónde radica el déficit?

Segundo, por qué no preguntarnos - y ¿desde dónde hacerlo? - por la racionalidad de los incentivos negativos normativos perviventes en el régimen del silencio, para así determinar ¿hasta

⁵⁵ López Mendoza, párrafos 141 y 148.

⁵⁶ Corte IDH, Op. cit.: "Apitz", párrafo 90, "López Mendoza", párrafo 146.

⁵⁷ Corte IDH, "Claude Reyes y otros Vs. Chile", Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrafo 122; Op. Cit "Apitz", párrafo 78, "Chocrón", párrafo 38; "López Mendoza", párrafo 141.

⁵⁸ Corte IDH, Op. cit., "Chocrón", párrafo 120.

⁵⁹ Corte IDH, "Barreto Leiva Vs. Venezuela", Sentencia del 17 de noviembre de 2009, párrafo 29 y "Cabrera García y Montiel Flores Vs. México", 26 de noviembre 2010, párrafo 154.

⁶⁰ Corte IDH, "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal". Opinión Consultiva OC-16/99, del 1º de octubre de 1999, párrafos 117 y 119; "Hilaire Constantine", párrafo 146.

qué grado subsisten las razones que le dieron origen?, ¿cómo se produce ésta dicotomía praxis-mitos?, ¿por qué se produce el déficit?

Todo lo anterior para determinar:

Tercero, ¿Cuáles términos del intercambio petición-decisión debieran reconfigurarse para intentar una vía de superación de la acentuada disociación entre realidad administrativa y mito normativo que embarga al régimen del derecho de petición?, ¿cuáles funcionarían como los nuevos factores correctivos –siempre provisionales?, ¿cuál sería la hermenéutica más adecuada para superar el marcado divorcio entre realidad y norma en materia de petición y silencio y si debo buscarla o puedo encontrarla dentro o fuera del sistema?, ¿cómo se supera el déficit?

En gran medida, bajo las actuales condiciones de operatividad del silencio y su denegatoria ficta *“el procedimiento administrativo, al igual que un viejo soldado, no muere...sino que sólo se pierde o desdibuja en el tiempo”* motivo por el cual *“el orden jurídico debe, al fin de cuentas inclinarse por el debate y la resolución expresa de los cuestionamientos a la validez de actos administrativos y no por el silencio de los administrados”*⁶⁰.

Finalmente, como el trabajo del autor ha procurado inscribirse en ese convencimiento, planteado por Zagrebelsky, de que el terreno de la democracia es el de las *res dubiae*, es decir, de las cuestiones que pueden ser legítimamente decididas de más de un modo⁶¹ y, por ello, como por intermedio de este artículo solo pretendo tímidamente moverlos a indagar algunas pocas racionalidades, encriptadas en la dialéctica relación entre el *mitos* “petición y silencio” y la *praxis* “persuasión y sigilo”, concluiré entonces profiriéndoles una provocación y, junto con Bertolt Brecht, les diré:

Loada sea la duda! Les aconsejo que saluden serenamente y con respeto a aquel que toma la palabra de ustedes como una moneda falsa. (...) La más hermosa de todas las dudas es cuando los débiles y desalentados levantan su cabeza y dejan de creer en la fuerza de sus opresores.(...) Tú, que eres un dirigente, no olvides que lo eres porque has dudado de tus dirigentes. Permite, por lo tanto, a tus dirigidos, dudar.

60 Gordillo, Agustín, *Op. cit.*, ps.: VIII-40 y 41.

61 *“la duda no es en absoluto contraria a la verdad. En cierto sentido implica su afirmación, un homenaje a la verdad. Es incontestable que sólo quien cree en la verdad puede dudar; incluso, dudar sobre la propia verdad (...) De hecho, la duda –al contrario que el escepticismo radical- presupone que las cosas humanas son aferrables; al mismo tiempo, la duda presupone también la inseguridad de haberlas aferrado verdaderamente, es decir, la conciencia del carácter no necesariamente falible o jamás completamente perfecto del conocimiento humano. En resumen, la conciencia de que la profundidad de las cosas no es insondable pero sí inagotable. Por lo tanto, de nuestro conocimiento debe decirse no que es falaz o imposible, sino siempre y necesariamente superficial”.* Zagrebelsky, Gustavo, *“Contra la ética de la verdad”*, Madrid, Trotta, 2010, ps.: 9, 137 y 139.

BIBLIOGRAFÍA

- Balbín, Carlos Francisco, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, 1ra. Ed., Bs. As., La Ley, 2008.
 - Bidart Campos, Germán, “El constitucionalismo social (Esbozo del modelo socioeconómico de la constitución reformada en 1994)”, en VVAA – Coordinador: Germán Bidart Campos, “Economía, Constitución, y Derechos Sociales”, Bs. As., EDIAR, 1997.
 - Cienfuegos Salgado, David y López Olvera, Miguel Alejandro (Coordinadores), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México —Instituto de Investigaciones Jurídicas—, marzo de 2005.
 - Damsky, Isaac Augusto, “La internacionalización del ordenamiento jurídico argentino a través del sistema interamericano de derechos humanos”, en VVAA, “Diritti Interni, Diritto Comunitario e Principi Sovranazionali, Profili Amministrativistici”, a cura de Vera Parisio, Milano, Giuffrè Editore, 2009.
 - García Pulles, Fernando R., “Tratado de lo Contencioso Administrativo”, Tomo I, 1ra. Ed., Bs. As., Hammurabi, 2004.
 - Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas” T. 6, 1ra. Ed., F.D.A., Bs. As. 2012.
 - Gordillo, Agustín, “IT y la modernización de la administración pública”, en VVAA “Estudios jurídicos sobre la Administración Pública”, Jorge Fernández Ruiz – Coordinador, UNAM – Benemerita Universidad Autónoma de Puebla, México 2012.
 - Ivanega, Miriam, “Remedios legales” contra la mora de la Administración, en JORNADAS ROSARINAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, Rosario, junio de 2006.
 - VVAA, CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), “Derecho Procesal Administrativo”, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
 - Ivanega, Miriam, “Amparo, medidas cautelares y otros procesos urgentes en la Justicia Argentina”, Lexis Nexis-UCA: Buenos Aires, 2007.
 - Tawil, Guido Santiago –Director- “Procedimiento Administrativo”, 1ra. Ed. Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, ps.: 88 y sgtes., 173-179 y 260 a 262.
 - Milano, Giuffrè, “El Derecho Global, Justicia y Democracia más allá del Estado”, Sevilla, Global Law Press, 2010.
 - Muñoz, Guillermo A., Silencio de la Administración y plazos de caducidad, Astrea, Ensayos 27, Buenos Aires, 1982, p. 69 y ss., “Inmunidad del poder: La inactividad administrativa, LL, 1990-b, P.891, y reeditado en “Muñoz, Guillermo Andrés y Grecco, Carlos Manuel, “Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo”, Bs. As., AD-HOC, 1999.
 - Sabino Cassese “Oltre lo Stato”, Laterza, 2006.
 - Salomoni, Jorge Luis, “Teoría General de los Servicios Públicos, Bs. As., Ad-Hoc, 1999, ps.:453 a 455.
 - Vocos Conesa, Juan Martín, “La acción Judicial de amparo por mora de la administración pública”, Artículo publicado en AA.VV. “Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Procesal”.
 - Zagrebelsky, Gustavo, “Contra la ética de la verdad”, Madrid, Trotta, 2010.
- SENTENCIAS**
- CAF-III, Sentencia del 18/04/2011.
 - Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A.
 - ----- OC-16/99, del 1° de octubre de 1999.
 - ----- Caso Chocrón – Chocrón Vs. Venezuela. Sentencia del 1° de julio de 2011.
 - ----- Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay. Sentencia de 13 de octubre de 2011.

- ----- Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37.
 - ----- Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Sentencia del 12 de noviembre de 1997.
 - ----- Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, Sentencia de 12 de agosto de 2008.
 - ----- Caso Hilaire, Constantine, Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago, Sentencia de 21 de junio de 2002.
 - ----- Caso López Alvarez Vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006.
 - ----- Caso Torres Millacura Vs. Argentina, Sentencia de 26 de noviembre de 2011.
 - ----- Caso Valle Jaramillo Vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
 - ----- Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, Sentencia del 29 de enero de 1997.
 - ----- Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Sentencia de 1 de septiembre de 2011.
 - ----- Caso Cantos Vs. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002.
 - ----- Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003.
 - ----- Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, Sentencia del 31 de enero de 2006.
 - ----- Caso Garcia Asto y Ramirez Rojas, Sentencia del 25 de noviembre de 2005.
 - ----- Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, 22 de septiembre de 2009.
 - ----- Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, Sentencia del 24 de noviembre de 2012.
 - ----- Caso Apitz Barbera vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008.
 - ----- Caso Yatama Vs. Nicaragua, Sentencia del 23 de junio de 2005.
 - ----- Caso Tristán Donoso Vs. Panamá, Sentencia del 27 de enero de 2009.
 - ----- Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006.
 - ----- Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009.
 - ----- Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, 26 de noviembre 2010.
- Eventos conferencias**
- Workshop “Estrategias para la implementación del sistema interamericano de derechos humanos por los operadores jurídicos”, organizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 8 de mayo de 2012 junto con la Fundación Konrad Adenauer.
 - Ivanega, Miriam. “La ética pública: contenido y límite de la discrecionalidad administrativa. El rol de los controles administrativo y judicial”, inédita, conferencia brindada en Ciudad de México 25 y 26 de junio de 2009.

PRESUPUESTOS JURÍDICOS VINCULADOS AL CONTROL ECOLÓGICO COMO ACTIVIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS AMBIENTALES. UNA MIRADA DESDE EL SECTOR EMPRESARIAL ESTATAL CUBANO*

BUDGETS LEGAL LINKED TO ENVIRONMENTAL MONITORING AS AN ACTIVITY OF ENVIRONMENTAL UTILITIES. A LOOK FROM THE CUBAN STATE ENTERPRISE SECTOR

ORÇAMENTOS LEGAIS LIGADOS À ATIVIDADE ECOLÓGICA DE CONTROLE DE SERVIÇOS PÚBLICOS AMBIENTAIS. UM OLHAR DO SECTOR EMPRESARIAL DO ESTADO CUBANO

Alcides Francisco Antúnez Sánchez^a
aantunez@udg.co.cu

Elena Polo Maceiras^b
epolo@fd.uo.edu.cu

Yomisel Galindo Rodríguez^c
ygalindor@udg.co.cu

Fecha de recepción: 5 de Mayo 2014

Fecha de revisión: 28 de Mayo 2014

Fecha de aceptación: 4 de Junio 2014

RESUMEN

El control ambiental en Cuba parte de normativas relacionadas con la materia ambiental a partir del triunfo revolucionario en 1959, con la reorganización de la Administración Pública, trazando políticas y estrategias para preservar los recursos naturales, al promulgarse la Ley No. 81 a través del Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente.

Con la implementación de la auditoría en el país como actividad de control, a tenor de la Ley No. 107, para ejercitar el más alto control estatal y con ello el control ambiental como una de las herramientas de gestión.

** Este artículo es parte de la investigación vinculada a la tesis doctoral sobre la Auditoría Ambiental en Cuba, realizada por la Facultad de Derecho, en el departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Oriente, que concluye en este 2014.*

a. Profesor Auxiliar. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba.

b. Profesora Titular. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. República de Cuba.

c. Profesor Asistente. Carrera de Derecho. Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Universidad de Granma. República de Cuba.

El derecho administrativo, eje trasversal de la actividad pública estatal, irradia para la consecución de las funciones públicas a ejercitar por la Administración hacia sus administrados, relacionadas con el control ecológico para el desarrollo sostenible, tributario al desarrollo local en correspondencia con la política trazada en el modelo económico a través de los Lineamientos adoptados en el 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba a partir del año 2012.

PALABRAS CLAVE

Control ambiental, servicios públicos, auditoría ambiental.

ABSTRACT

Judicial budget bound to environment control as an activity of environmental public services. A view from the Cuban State business sector.

Environmental control in Cuba originates in norms related to environmental matter from the revolutionary triumph in 1959 with the reorganization of Public Administration tracing politics and strategies to preserve natural resources when Law No. 81 came into force through the Ministry of Science, Technology and Environment.

With the implementation of the audit in the country as an activity of control in the light of Law No. 107, to exercise the highest State control and with it to set the environmental control as a management tool.

The administrative law, cross-curricular theme of the State public activity, irradiates for the achievement of the public functions to exercise by the administration to the governed, associated to environment control towards sustainable development, tributary to local development in connection with the policy traced in the economic model through the Guidelines adopted in the 6th Congress of the Cuban Communist Party from year 2012.

KEY WORDS

Environment control, public services, environmental audit.

RESUMO

O controle ambiental em Cuba é baseado em regulamentações relacionadas a questões ambientais a partir da vitória revolucionária em 1959, com a reorganização da Administração Pública definindo políticas e estratégias para preservar os recursos naturais, com a promulgação da lei nº 81, através do Ministério da Ciência, Tecnologia e do Meio Ambiente.

Com a implementação da auditoria no país como atividade de controle, de acordo com a Lei No. 107, a fim de exercer o mais alto controle estatal e, portanto, o controle ambiental como ferramenta de gestão.

O Direito Administrativo, eixo transversal da atividade pública do Estado, irradia-se para a realização de funções públicas a serem exercidas pela administração, direcionadas a seus gerenciados e relacionadas ao controle ecológico imposto de desenvolvimento sustentável para o crescimento local, em conformidade com a política descrita no modelo económico, através das orientações adotadas para o 6º Congresso do Partido Comunista de Cuba, a partir do ano de 2012.

PALAVRAS-CHAVE

Controle ambiental, serviços públicos, auditoria ambiental.

METODOLOGIA

Nos apoyamos para la ejecución del artículo en métodos científicos de apoyo a la investigación como el histórico lógico, el exegético-jurídico, así como en el análisis y revisión de documentos científicos relacionados con la economía, las ciencias sociales y las jurídicas.

RESULTADOS

La legislación en materia ambiental en Cuba necesita actualización y evolución, a tono con las situaciones fácticas implementadas y con solución en otros sistemas de derecho que han sido contrastados por los autores de este material, por cuanto los principios jurídicos y la consolidación de las técnicas jurídicas relacionadas con la tutela del control ambiental, están hoy en contradicción.

Se encuentra que las ciencias jurídicas y las ciencias contables, deberán marchar unidos en pos de un desarrollo y equilibrio sustentable para preservar el medio ambiente. La ecotributación, modernizada con la implementación a tenor de la Ley No. 113, tendrá que ser contextualizada por el empresariado cubano, para coadyuvar a mitigar los problemas ambientales.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1976, institucional y jurídicamente, asume la tutela en materia de protección de la naturaleza y de sus recursos naturales tanto por el Estado en Cuba¹, como por los ciudadanos con un sentido socializador. Esto en consonancia con lo aprobado en la Cumbre de Río de Janeiro en el año 1992², contextualizado

en los derechos internos de cada país, como se constata en toda la región de Latinoamérica y en Cuba.³

En correspondencia al mandato internacional del que, en materia ambiental, el país es firmante, la organización de la Administración Central del Estado en la Ley No. 1323 de 1976 le atribuyó al Comité Estatal de Ciencia y Técnica el establecimiento, dirección y control del Sistema Nacional de Protección del Medio Ambiente y el Uso Racional de los Recursos Naturales, creándose la Comisión Nacional para la Protección del Medio Ambiente y el uso de los Recursos Naturales en Cuba⁴.

En 1980, el Decreto Ley No. 31 dictó las funciones del Comité Estatal de Ciencias y Técnica, delegadas a la Academia de Ciencias adscribiéndosele a ella la Comisión Nacional de Protección del Medio Ambiente y Conservación de los Recursos Naturales, bases que coadyuvaron a la aprobación de la Ley No. 33, hecho jurídico que permitió que Cuba por vez primera regulara en una ley esta materia como Estado parte de los Tratados internacionales del Derecho Ambiental Internacional, tal y como se señaló con anterioridad⁵.

1 HERNANDEZ AGUILAR, Orisel y otros. "Retos ambientales para la constitución". Principales omisiones del texto constitucional en materia ambiental a criterio de la autora, coinciden estos investigadores que deberán abordarse cuando se decida por parte del Estado cubano. Proyecto ECOIURE. UNJC. Cuba. Editora PALCOGRAF.2011. <http://www.unjc.cu> pp.11-27 Son coincidentes REY SANTOS, Orlando. "Los retos en la implementación del derecho ambiental en Cuba". Acerca de los retos y tendencias del Derecho Ambiental contemporáneo. Proyecto ECOIURE-UNJC. Editora Palcograf. Cuba.2011.pp.11-27 Email:rey@citma.cu. 2013. PEREZ HERNANDEZ, Lissette y otros. "Temas de derecho constitucional cubano" Editora Félix Varela. Cuba.2002.pp.11-384 ALVAREZ TABIO, Fernando. "Comentarios a la Constitución Socialista". Editora Ciencias Sociales. Cuba.1997.pp.124-125.

2 Documentos aprobados en la CUMBRE DE RIO DE JANEIRO, Brasil en el año 1992. Y los que posteriormente fueron discutidos y aprobados veinte años después en la propia sede por parte de los Estadistas que concurren a este conclave internacional, denominado Rio+20. Son coincidentes CAFERRATA, Néstor Alfredo. "Introducción al Derecho Ambiental". PNUMA. Elementos doctrinales acerca de la cultura ambiental. "Conferencia para la Protección del Globo". "Declaración de la Haya", bajo el lema: "El derecho a la vida, es la base de todos los demás derechos". Editora INE-SEMARNAT, México D.F. 2004.pp.5-37. Son coincidentes ALENZA GARCÍA, Juan. "Manual de Derecho Ambiental". Universidad Pública de Navarra. España.2001.pp.7-39 Vid: DE BESA ANTUNES, Paulo. "Derecho Ambiental".ed. 14, Editora Lumen Juris. Brasil. 2010.p.3 BRANES BALLESTEROS, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental".CITMA.Cuba.2000.p.3. CARBALLO MAQUEIRA, Leonel. "El Derecho Ambiental Cubano: Generalidades". 1era ed. Editora Félix Varela. Cuba.2000.pp.1-82. "Derecho y Medioambiente. Consideraciones generales. Respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales". Editora Pablo de la Torre Brau. Cuba.2012.pp.11-32 FRANCO, Horacio. "Crítica a la concepción expansiva del Derecho Ambiental". Sobre la autonomía de esta nueva rama del derecho. Revista de Derecho Abeledo Perrot. No. 9 Argentina.2012. <http://www.gerencia-ambiental.com> pp.1-19 ABIDIN, Catalina y otros. "Derecho Ambiental su consideración desde la teoría general del derecho". Acerca de los fines del derecho ambiental. Revista Cartapacio de Derecho. Argentina.pp.1-25 ESTEVE PARDO, José: "Derecho del medio ambiente", 2ª ed., Editora Marcial Pons. España. 2008. pp.11-149 FERNANDEZ, Tomás Ramón. "Grandeza y miseria del Derecho Ambiental." El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Editora Tirant to Blanch. Universidad Complutense de Madrid. España. 2000. p.3423.

3 El nuevo constitucionalismo en América Latina se deduce a la práctica democrática y a la participación ciudadana en los procesos de cada país. Nace a partir de la Constitución colombiana de 1991 y la Constitución de Ecuador de 1998, mostró avances en cuanto al reconocimiento de derechos ciudadanos y luego se da un cambio con la Constitución del 2008, que da al Estado ecuatoriano el carácter de constitucional de derecho. Venezuela 1999, da un proceso originario donde la Constitución nace a partir de la voluntad popular. Bolivia con su Constitución en el año 2009, encaminado a la creación de un Estado democrático, soberano y de participación popular. <http://www.pnuma.org>. PNUMA.2013. Coincidentes con WOLKMER, Antonio Carlos. "Pluralismo Crítico y Nuevo Constitucionalismo en América Latina" 3ª ed. Editora Alfa-Omega.Brasil.2010. QUIROLA SUÁREZ, Diana. "Sumak Kaway. Hacia un Nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza". El Buen Vivir: una vía para el desarrollo. Ediciones Abya-Yala, Ecuador. 2009. pp.7-79

4 Informe sobre la memoria del trabajo realizado por la COMARNA en torno al medio ambiente y los problemas ambientales de nuestro país dentro del período en que la misma ejerció estas funciones a cargo del Estado Cubano. CITMA.

5 "Cumbre mundial medio ambiente". Brasil. La problemática ambiental que impera en el mundo y las principales acciones a realizar por los países que contaminan con mayor fuerza en pos de preservar al hombre. <http://www.onu.org> 1992. Coincidente con CARRILLO FUENTES, Juan Carlos. "Ciencia, ciudadanía y problemas ambientales. Empoderamiento de la Sociedad". Centro de Derecho Ambiental.México D.F.2004. <http://www.iiciativadeacceso.org> pp.1-7 "Estrategia mundial de la conservación". Brasil.1992. <http://www.onu.org> MATEO Ramón Martín, p.80 y ss. Luego varía su posición en T.III p.21 a partir de su utilización por Naciones Unidas y las Declaraciones de la Conferencia de Río 92. "Tratado de Derecho Ambiental", Editora

En el inicio de la década del 90, del siglo pasado, se reorganizan los Organismos de la Administración Central del Estado (en adelante OACEs), cesando la Comisión Nacional de Protección al Medio Ambiente, atribuciones que fueron delegadas al Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente (en adelante CITMA), quien dirige, ejecuta y controla la política del Estado y el Gobierno en esta esfera. Se deroga la Ley No. 33 por la Ley No. 81, quedando delimitadas en ella las facultades de los OACEs, de los Órganos Locales del Poder Popular, de la Fiscalía General de la República (FGR), y del Ministerio de la Agricultura (MINAGRI). Estos cambios unidos a legislaciones sustantivas que se han ido instrumentando en política tributaria, agraria, inversión extranjera, salud, protección e higiene, derecho administrativo sancionador, de energía y minas, hacen que hoy contemos con una adecuada normativa jurídica medioambiental que, a juicio de estos autores, no son excluyentes de una actualización que permita estar en mejores condiciones de dar un tratamiento a un nivel superior a los problemas ambientales que nos acontecen, en correspondencia con los resultados científicos, de los que las ciencias sociales no están ajenas, como se puntualiza en los Lineamientos del VI Congreso de Partido Comunista de Cuba para el modelo económico que se implementa⁶.

Los autores de esta investigación pretendemos contextualizar las acciones que se realizan en materia de control a los recursos naturales y su pertinencia en pos del desarrollo local, en cumplimiento a la carta magna, para el *desarrollo sustentable*⁷. Toda vez que consideramos que

la actual normativa ambiental no reconoce la auditoría ambiental, la evaluación ambiental estratégica, ni las producciones más limpias como parte de los instrumentos de gestión, no contextualizando su actuación bajo las directrices que se implementaran por la Contraloría General de la República (en adelante CGR), relacionadas con el control ambiental y los servicios públicos en este caso los relacionados con la temática ambiental⁸.

1. EL CONTROL AMBIENTAL EN CUBA. ANÁLISIS HISTÓRICO LEGISLATIVO

El control ecológico aparece regulado en la *Ley No. 81*, relacionado con las *herramientas de gestión ambiental* y en particular con el ejercicio de la *inspección estatal* ambiental, ejercitada por el CITMA, ejecutada en los tres niveles en relación con lo regulado administrativamente para este tipo de acción ambiental a los recursos naturales en pos de preservar al bien jurídico ambiental⁹.

Como organismo rector de la política ambiental que por mandato se colige; consideran estos autores la existencia de una posible *dualidad al control medioambiental*; ante el mandato que la Ley No. 107 al concederle a la CGR, ejercitar acciones para proteger al medioambiente al más alto nivel, con normativas jurídicas en pos de alcanzar un derecho al desarrollo sustentable, de la sociedad presente y futura, con el auxilio de especialistas del CITMA y de otras áreas del saber que así se considere pertinentes cuando se ejercite este tipo de control a través de la *auditoría ambiental*¹⁰.

Ha permitido a estos autores considerar criterios vertidos sobre el tema por *Traba Armada* y *Aguilera Mesa*, quienes desde estudios científicos y prácticos han formulado presupuestos teóricos

Trivium. España. 1991. BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. "Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano". Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. 2001. PNUMA., "De Río a Johannesburgo. Perspectivas del Derecho Ambiental en Latinoamérica", PNUMA, México D. F. 2002. pp.9-114

6 Lineamientos del partido comunista de Cuba, aprobados en el 6to Congreso, realizado en La Habana en el año 2012. Editora Política. Cuba.

7 Sustentabilidad ambiental. PNUMA. El desarrollo sostenible o sustentable, combinación de tres aspectos: crecimiento económico que favorezca el progreso y cohesión social y respete el medio ambiente, objetivos que al estar interrelacionados entre sí obligan a tratarlos de forma integrada. La necesidad de un enfoque integrado y estratégico de la dimensión social, económica y ambiental del desarrollo. Valores con visión a largo plazo, la apertura en el diálogo con las partes interesadas, la integridad y responsabilidad social. <http://www.pnuma.org>. Coincide MORENO PLATA, Miguel. "Génesis, evolución y tendencias del paradigma del desarrollo sostenible". Editora Porrúa. México D.F. 2010.

8 Ley No. 107. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu> p.6 Decreto No. 100, "De la Inspección Estatal", la Resolución No. 130 del CITMA, "Reglamento para la Inspección Ambiental Estatal", de fecha 1 de junio de 1995, la Resolución No. 103 del CITMA, "Reglamento de la inspección estatal de la actividad reguladora ambiental". Agencia del Medio Ambiente. CITMA. Cuba. 2007. Coincidente con FERNANDEZ RAMOS, Severiano. "Inspección Ambiental." Revista Derecho del Medio Ambiente y Administración Local. Universidad de Cádiz. España. pp.133-158.

9 Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.

10 Ley No. 107 de la Contraloría General de la República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>. Cuba.

para su concreción en el país desde los saberes *contable-administrativos* acerca de la tutela de la auditoría ambiental, como mecanismo del control ambiental por parte de los servicios de la Administración Pública¹¹.

Que de una manera u otra coadyuvarán a la recuperación económica, tributando a una base sólida en pos de avanzar en el establecimiento e implementación de la Estrategia Ambiental Nacional delimitando la problemática ambiental declarada por el CITMA, presupuestos que conducirán a un estadio superior en la protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales, teniendo en cuenta los limitados recursos financieros y materiales dispuestos por el Estado, que imponen como alternativa más viable su materialización gradual, siguiendo prioridades en estrecha vinculación con los problemas de desarrollo socioeconómico a nivel local, con una nueva mirada a través de la normativa tributaria, la que contribuirá a la creación de fondos dinerarios para mitigar la problemática ambiental declarada por el Estado,

al aplicar impuestos fiscales para su futura concreción (vertido ambiental)¹².

Cuba irradia como exponente de una política ambiental adecuada a tono con los nuevos paradigmas, en consecuencia con lo existente en el área jurídica medioambiental en Latinoamérica y Europa en materia de protección medioambiental. Cumple con sus deberes estipulados en los convenios de protección en que participa y es parte, creando políticas ambientales de protección ambiental dirigidas a garantizar el bienestar del hombre y de la comunidad en general, para el logro de una mejor gestión que facilite el desarrollo económico social sostenible, en atención a las limitaciones económicas como país bloqueado y al ser tributarias las acciones protectoras al medioambiente de recursos financieros suficientes, hoy no disponibles por la Administración Pública para su actuación¹³.

Es menester significar que nuestra ley marco en materia ambiental está necesitada de una actualización y evolución, apreciamos un desfase con lo que concurre en materia ambiental en el área de Latinoamérica y en otros bloques geográficos contrastados en cuestiones relacionadas con la contabilidad verde, el seguro ambiental, la justicia ambiental, la auditoría ambiental, el tratamiento a la responsabilidad ambiental en la norma adjetiva y sustantiva, como lo relacionado con el derecho administrativo sancionador y el desarrollo doctrinal del derecho administrativo ambiental¹⁴.

11 ARMADA TRABAS, Dr.C. Elvira. *Tesis Doctor en Ciencias Económicas. Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba*. INTERAUDIT s.a. Cuba. 1997. *Son coincidentes BOJÓRQUEZ-TAPIA, Leonel y otros. "Aspectos metodológicos de la auditoría ambiental". PEMEX: ambienteyenergía. Retos del futuro. Serie E No. 69. UNAM. México D.F. 1998, pp.59-72 BELMONTE MARTIN, Ismael. "La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente." Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. No. 4. España. 2009, pp.57-78 DENEGRI DE DIOS, Fabiola Maribel. "La auditoría ambiental en las Pyme". *La auditoría ambiental en la pequeña y mediana industria. Revista Contaduría y Administración. No. 235. Universidad de Baja California. México D.F. 2011, pp.195-215 CONESA FERNÁNDEZ-VITORA, Vicente. "Auditorías medioambientales: guía metodológica". Editora MUNDI-PRENSA. España. 1997. pp.11-33. FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. "Principios del Derecho ambiental, la responsabilidad social corporativa en materia ambiental" vinculados a la práctica de la "auditoría ambiental". *Boletín económico ICE. No. 2824. Universidad de Salamanca. España. 2004. pp.27-43. "Evaluación de los sistemas de ecogestión: la auditoría ambiental, análisis y régimen jurídico." Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente. N°155, 1997. España, pp.167-211. EGUSQUIZA PEREDA, Carlos. "Auditoría ambiental". UNAM. México D. F. 2006. p.15 VIÑA VIZCAÍNO, Gerardo. "Bases conceptuales de auditoría ambiental como un instrumento de prevención de la contaminación." Colombia D.C. 2003. GONZÁLEZ MALACHEVARRÍA, Ángel. "La auditoría medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional". *La contabilidad, beneficios para el sector empresarial con la aplicación de las P+L al disminuir costes. España. 1997, p.2 GOMEZ GARCIA, Luis Eduardo. "Auditoría ambiental, voluntaria u obligatoria". La importancia de ejecutar la auditoría ambiental en la industria, beneficios. Revista Orden Público, Estado y Derecho. UNAM. México D.F. 2011. pp.27-29 AGUILERA MESA, MSc. Ivone. *Tesis de Master en Contabilidad y Auditoría. Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental. Contraloría General de la República de Cuba. Revista MAC, No. 12 de 2004. Cuba.*****

12 *Estrategia ambiental nacional. 2010. Ministerio de Ciencias, Tecnología y Medio Ambiente. Cuba. hptt://www.medioambiente.co.cu.*

13 TRIANA CORDOVÍ, Juan. "Un panorama de la economía cubana, las transformaciones en curso sus retos y perspectivas". DT No. 31. 2008. hptt/ www.cienciasociales/weblog.com, consultado 14 de enero del 2014. pp.12 "La economía cubana: balance de las transformaciones y perspectivas". IX Encuentro Internacional sobre Comercio Exterior e Inversión Extranjera. Universidad de la Habana. (CDrom) Cuba. 2013. *Cuba: ¿De la actualización del modelo económico al desarrollo? Revista Nueva Sociedad No 242. 2012. hptt://www.nuso.org pp.7-19*

14 VILLEGAS MORENO, José Luis. "Derecho Administrativo Ambiental". Editora Sin Límite CA. Venezuela. 2009, p.545 Coinciden MORA RUIZ, Manuela. "Tendencias del derecho administrativo ambiental: análisis de legislación y jurisprudencia" Revista Derecho y Conocimiento. Vol. 2. Universidad de Huelva. España. 2013. pp.419-436 "Tendencias del derecho administrativo. "El derecho administrativo ambiental: transformaciones en el derecho administrativo general" Revista Derecho y Conocimiento. Vol. 1. Universidad de Huelva. España pp.523-532 LOZANO CUTANDA, Blanca. "Derecho Ambiental Administrativo". 11na ed. Editora Trivium. España. pp.99-514.

Esto se contextualiza en principios de la política ambiental cubana, donde se define que: el derecho a un medio ambiente sano es un derecho fundamental de todos los ciudadanos; la protección del medio ambiente es un deber ciudadano, la gestión ambiental es integral y transectorial y en ella participan de modo coordinado, los órganos y organismos estatales, otras entidades e instituciones, la sociedad y los ciudadanos en general, de acuerdo con sus respectivas competencias y capacidades¹⁵.

1.1. Las herramientas de gestión ambiental, el control medioambiental a través de la auditoría y la inspección estatal

Sus antecedentes, inicio y punto de partida están basados en los *procesos tecnificados de la producción*, acarreado la problemática ambiental hoy reconocida. Las imágenes de cientos de chimeneas arrojando humo representaron por mucho tiempo el símbolo del progreso y la consolidación del poder económico (Desde 1789, han sido muchos años de indiferencia ecológica y "violencia ecológica")¹⁶.

Es criterio de estos autores que hoy ya no existe esta percepción, el mundo y sus estadistas se han dado cuenta de que la protección al ambiente es una cuestión prioritaria a resolver y consolidar, que tendrá que funcionar con un nuevo pensamiento en las soluciones que se aborden por parte del Derecho Ambiental, hasta hoy no

resueltas ante este período de crisis ambiental que coexiste¹⁷.

La auditoría es reconocida como función en evolución por todos los sectores de sociedades desarrolladas; si bien con limitaciones, impuestas por el influjo del entorno cultural, institucional y regulador en cada país, deduciéndose principios generales a fin de formar una base para el desarrollo de una *teoría de aplicación general*. *Acción de control* que se ha ocupado durante siglos del registro contable honrado y preciso de dinero y propiedades en asuntos estatales, en los servicios de organismos gubernamentales centrales, locales y misceláneos, en los asuntos de negocios de comerciantes, terratenientes, empresarios de riesgo, manufactureros y personas dedicadas a toda forma de empresa comercial e industrial, y en transacciones de otras instituciones y organizaciones grandes y pequeñas.

Su *objeto* es el cumplimiento de deberes por las personas responsables de la tutela y rendición de cuentas con respecto a la custodia de dinero y otros recursos, a la administración de haciendas, establecimientos de comercio y manufacturas, al suministro de servicios y a otras actividades. Para lograr que sea hecho con la competencia y autoridad necesarias para cumplir su *objeto social*, tanto el proceso de la auditoría como el acceso a la información deben ser por lo menos iguales a los de aquéllos que son auditados. Aunque se consiguieran otros beneficios de la auditoría, el principal es el *informe y la opinión de los auditores* como resultado de la investigación¹⁸.

Este control ecológico o ambiental es instrumentado en las *normas técnicas ISO 14000*¹⁹,-

15 Ley No. 81, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>

16 FERNANDEZ, Tomás Ramón. "Grandeza y miseria del Derecho Ambiental." *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*. Editora Tirant to Blanch. Universidad Complutense de Madrid. España. 2000. p.3423. Son coincidentes CAFERRATA, Néstor Alfredo. "Introducción al Derecho Ambiental". PNUMA. Elementos doctrinales acerca de la cultura ambiental. "Conferencia para la Protección del Globo". "Declaración de la Haya", bajo el lema: "El derecho a la vida, es la base de todos los demás derechos". Editora INE-SEMARNAT, México D.F. 2004. pp.5-37. Son coincidentes ALENZA GARCÍA, Juan. "Manual de Derecho Ambiental". Universidad Pública de Navarra. España.2001.pp.7-39 Vid: DE BESA ANTUNES, Paulo. "Derecho Ambiental". ed. 14, Editora Lumen Juris. Brasil. 2010.p.3 BRANES BALLESTEROS, Raúl. "Manual de Derecho Ambiental".CITMA. Cuba.2000.p.3. CARABALLO MAQUEIRA, Leonel. "El Derecho Ambiental Cubano: Generalidades". 1era ed. Editora Félix Varela. Cuba.2000.pp.1-82. "Derecho y Medioambiente. Consideraciones generales. Respuesta de las ciencias jurídicas a los problemas ambientales". Editora Pablo de la Torriente Brau. Cuba.2012. pp.11-32 SANTOS, Nicolás. "Los principios generales del derecho ambiental y la industrialización" *Revista de Derecho*. Universidad de Montevideo. Uruguay. 2008. <http://tradinco@adinet.com.uy> pp.179-186.

17 Véase los sucesos acaecidos sobre la Revolución Industrial en Inglaterra y su incidencia desde esa época en la agresión al medioambiente, con mayor énfasis en los adelantos científico técnicos generados por el hombre, que a partir de este suceso histórico intensificaron más los adversos ambientales. <http://www.wikipedia>. Consultada el 20 de junio del 2010.

18 Auditoría ambiental, como actividad de control. Ley No. 107. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu>

19 Normas ISO 14001:1998 *Sistemas de gestión ambiental. Especificación y directrices para su uso*. Organización Mundial no gubernamental, elabora y aplica los patrones internacionales de calidad; certifican empresas de los sectores comercial, industrial y tecnológico.<http://www.iso.org> p.17 Normas ISO 14001. Implementa el procedimiento de la auditoría ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 14004. SGMA: Directivas generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo. ISO 14010. Pautas para Auditoría Ambiental:

definiendo medioambiente - son normas técnicas del sistema de gestión ambiental, como estructura organizativa, actividades de planificación, responsabilidades, prácticas, procedimientos, procesos y recursos para desarrollar, implementar, realizar, revisar y mantener la política ambiental, diagnosticando la problemática ambiental con un carácter multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario, estableciendo el nivel de responsabilidades, apoyada en la legislación y políticas vigentes, partiendo de un proceso de toma de decisiones y de la participación ciudadana, relacionado con el impacto ambiental, produciendo una determinada acción sobre el medioambiente; vinculada a la *auditoría ambiental*, como proceso de verificación sistemático y documentado, para obtener y evaluar objetivamente la evidencia de las actividades, incidentes, condiciones y sistemas de gestión ambiental especificados o la información que sobre estos temas cumplen con los criterios del control, realizado por el CITMA a través de la *inspección estatal*, a tenor de la Ley No. 81 y las normas administrativas sustantivas²⁰.

Le corresponderá a la CGR, ejercitar la más alta tutela al control medioambiental, a través de programas de auditoría (directrices)²¹, como un *servicio público* de la Administración Estatal, que parte del reconocimiento que tiene el medioambiente desde el derecho constitucional, aún no desligado de la *función administrativa* que se ejercitaba por el extinto Ministerio de Auditoría y Control a través del Control gubernamental a los OACEs.

Actividad en correspondencia con la Evaluación del Impacto Ambiental, por ser este el fin de la auditoría ambiental, relacionada con

las tecnologías utilizadas por el empresariado cubano, - actualmente no limpias por la obsolescencia industrial y heterogeneidad de más de 50 años - y cómo evitar o prevenir estos impactos, tributarios a un adecuado equilibrio ecológico como situación esperada, con el auxilio del CITMA, quien deberá insertarse en la ejecución de este control ambiental con la ejecución de la auditoría²².

El CITMA, OACE ejecuta el control al medio ambiente a través de la *Inspección Estatal*, amparada en la Ley No. 81, y en las normas sustantivas que la contextualizan en el orden administrativo a través del control gubernamental, utilizando para ello las normas técnicas ISO en el control al medioambiente como lo hace la CGR, ejercitada por sus tres niveles en todo el territorio nacional, en atención al programa diseñado, en correspondencia con los principales problemas medioambientales que tengan mayor preponderancia recogido en la Estrategia Ambiental Nacional. Acciones vinculadas con la aplicación de las herramientas de gestión ambiental como una *política pública*, en muchas ocasiones cumpliendo lo establecido en materia de control Gubernamental²³.

22 DUGUIT, León. "Las transformaciones del Derecho Público", Editora Colin, 3ª ed. París, 1925, p. 51. *Actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. Son coincidentes GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros. "Curso de derecho administrativo", Editora Marcial Pons. España. 2003. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", Revista de Administración Pública, No.17, 1955. GARRIDO FALLA, Fernando. "El concepto de servicio público en el derecho español" Universidad Complutense de Madrid, Revista de Administración Pública No.135.1994. p.8 Toda actividad técnica realizada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada directamente por esta o indirectamente por sujetos independientes autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial y destinado a la satisfacción de un interés general. TOLEDO TOLEDO, Dalia. Tesis maestría: "La calidad en los servicios públicos como una estrategia para legitimar a los gobiernos locales". Universidad del Ismo. México D.F. (2008). LONGO, Francisco. "La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas". Nueva Gestión Pública y regulación en América Latina. CLAD 2001. pp.8-73 CALLAFEL, Jorge. "Los servicios públicos". Editora Anuario Jurídico. Argentina. 2007. pp.1-19*

23 GAGO, Ángel. "La reforma fiscal verde. Teoría y práctica de los impuestos ambientales." Universidad de Madrid. España. 1999. p.56 Son coincidentes BOKOBO MOICHE, Salvador. "Gravámenes e incentivos fiscales ambientales". Revista Trivium. España. 2000. pp.5-47 DÍAZ ARAUJO, Mercedes. "Derecho Ambiental. Poder de policía". La regulación ambiental: nuevas formas de intervención preventiva, represiva, compensatoria y estimuladora. Revista Doctrina-Jurisprudencia. Argentina. 2012. pp.1-20 GARCIA-ARIAS, Juan. "Un nuevo marco de análisis para los bienes públicos: la

Principios generales. ISO 14011. Pautas para Auditoría Ambiental: Procedimientos. ISO 14012. Pautas para Auditoría Ambiental: Criterios de calificación de auditores ambientales. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. ISO 14020 a 14025. Ecoetiqueta ambiental ISO 14034. Indicadores de desempeño Ambiental ISO 14040 a 14049. Análisis del ciclo de vida ISO 14050. Vocabulario ISO 14062. Ecodiseño ISO 14064. Gases efecto invernadero <http://www.iso.org> Coinciden MENDEZ ORTIZ, Luis. "Normas ISO 14000 como instrumento de gestión ambiental empresarial". Universidad Veracruzana. México D. F. 2009. p.75 HERRERIAS ARISTI, Eduardo. "Relación de las ISO 14000 y la auditoría ambiental". México D.F. 2009.

20 *Inspección ambiental, Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.*

21 "Directrices de la auditoría ambiental". En relación a la Ley No. 107 para su ejecución en el país. <http://www.contraloria.cu>. p.12

En este participan equipos multidisciplinarios de otros OACEs, es el caso de la inspección forestal del Ministerio de la Agricultura, de la inspección sanitaria del Ministerio de Salud Pública, de la inspección sobre seguridad y salud laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y del Ministerio del Interior, entre algunos de los organismos vinculados a la actividad de la inspección estatal. Participan en esta acción de control medioambiental de conjunto con el CITMA como especialistas certificando las conclusiones a que arriban en sus evaluaciones²⁴.

Acciones consideradas por estos autores, tanto la de la inspección como la de la auditoría tienen una respuesta adecuada a la protección del *bien jurídico ambiental*, con la exigencia de los tipos de *responsabilidad ambiental*, aplicada en sus tres aristas: *la civil, la penal y la administrativa*; esta última la mayormente utilizada por los controladores en el ejercicio como *función pública estatal*²⁵ al aplicársele la *responsabilidad objetiva*, aún no establecida de forma adecuada en nuestro ordenamiento jurídico en torno a la materia procesal²⁶.

teoría de los bienes públicos globales" Transformación sustantiva en la justificación y capacidad de actuación del sector público en la economía de mercado. Revista Estudios de Economía Aplicada. Volumen No.22. Universidad de León. España. 2004.pp.187-212. TERAN CONTRERAS, Juan y otros. "Instrumentos fiscales de la gestión ambiental": Políticas de control de la contaminación ambiental, el sistema de regulaciones, la reducción de los índices contaminantes, el establecimiento de estándares ambientales y la aplicación de sanciones. Revista Estudios de Economía Aplicada. Volumen No.29. Universidad de León. España. 2009. pp.1-12 IBARRARÁN VINIEGRA, María. "Externalidades, Bienes Públicos y Medio Ambiente". Universidad de las Américas. México D.F. 2010. pp.1-15 ARIAS MENDOZA, Jhon Jairo. "Bienes y servicios ambientales". Mercado de los bienes y servicios ambientales, una de las estrategias más adecuadas para alcanzar objetivos de conservación y desarrollo sostenible. Brasil.1992. Vinculado a la economía ambiental, al definirse los "Bienes Ambientales" como: los recursos tangibles utilizados por el ser humano como insumos en la producción o en el consumo final y que se gastan y transforman en el proceso, como madera, frutos, pieles, carne, semillas, medicinas, entre otros que son utilizados por el ser humano para su consumo o comercialización. Revista Estudios de Economía Aplicada. España. 2010. pp.1-9 GARRIDO VÁZQUEZ, Raúl. "Estudio de caso: Cuba. Aplicación de instrumentos económicos en la política y la gestión ambiental". Anuario Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales. pp.33-40. Cuba.2011 GARCINI GUERRA, Héctor. "Derecho Administrativo", fomento: como estímulo y apoyo conferido por la Administración Pública. Editora Pueblo y Educación. Cuba.1981. pp.174 POLO MACEIRAS, Elena. Tesis doctoral: "Un sistema tributario, de la realidad a la aspiración", la tributación ambiental vinculada al impuesto sobre el vertido ambiental. Universidad de Oriente. Cuba. (2010). REGUEIRO ALE, Vladimir. "La Legislación tributaria en Cuba", el cumplimiento de la política tributaria, desde su perspectiva de experto en la ONAT dentro del Ministerio de Finanzas y Precios. Cuba. BONELL COLMENERO, Ramón. "La tributación ambiental y el Protocolo de Kyoto". GAGO, Alberto y otros. "Impuestos ambientales y reformas fiscales verdes". La configuración de las políticas ambientales y tributarias. Revista Economía. No. 4. p.91 Universidad de Vigo. España.2010. ALARCÓN GARCÍA, Gloria. ¿Son los tributos ambientales una opción para la financiación de las HHPP? Revista CUIDES. España.2012. pp.201-251 BUÑUEL GONZÁLEZ, Manuel. "Marco General de la Tributación medioambiental: concepto, justificación y base imponible". En Tributación medioambiental: teoría, práctica y propuestas. Editora Deloitte-Thomson-Civitas. España. pp.41-58. PUIG VENTOSA, Ismael y otros. "La efectividad de los impuestos ambientales sobre el vertido y la incineración de residuos existentes en España." Documentos del IEFDOC. 9. España. 2012. pp.57-79 FERRÉ OLIVE, Edgardo. "Legislación ambiental y política tributaria". Editora CCONTA. Argentina. 2010. pp.1-24 VARGAS DELGADO, Iris. "Tributos ambientales para la protección de la atmósfera". Contraloría General de la República de Chile. 2007. pp.1-5

24 Ley No 81, la responsabilidad civil, penal y administrativa,

1.2. Tendencias actuales relacionadas con la tutela ambiental en relación a la protección del medioambiente y el control ambiental en el derecho comparado

La rápida evolución de la problemática medioambiental y de los conceptos sobre los que se asientan las políticas ambientales, así como los problemas que han sido necesarios enfrentar por el hombre como ser social, han acabado por convertir en naturales los procesos de transformación institucional que han tenido lugar en los últimos años y que podrán ocurrir en el futuro. Estas transformaciones no se refieren sólo a las estructuras orgánicas de las instituciones de la Administración sino también a todos los mecanismos de articulación entre el Estado y la sociedad civil.

el derecho sustantivo cubano por los organismos de la Administración Pública, tratamiento. <http://www.gacetaoficial.cu> Coincide ARNER GUERRE, Ángel. "Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental". En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342

25 Vid: Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.

26 MORENO MEDINA, Ángel. "Responsabilidad patrimonial por daño ambiental: propuestas para una reforma". La comisión del daño ambiental, políticas regulatorias en el ordenamiento jurídico por la práctica de la auditoría ambiental. Universidad Carlos III. España.2007.p.13 Coincidente con JAQUENOD DE ZOGON, Silvia. "El derecho ambiental y sus principios rectores".p.372. Editora Dikynson. España.2009. VILLEGAS MORENO, José Luis. "Aproximación a la configuración del Derecho Administrativo Ambiental en Venezuela". Editora Sin Límite.2009. Venezuela.p.45 OBREGON SANCHEZ, Carolina. "La responsabilidad ambiental de las empresas". Revista Administración. Colombia.2012. <http://www.revista.MMM.org> p.28 LOZANO CUTANDA, Blanca. "Derecho Ambiental Administrativo". 4ªed. Editora Dykinson. España. 2001. pp.9-137 ARNER GUERRE, Ángel. "Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental". En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342

Para distinguir la auditoría ambiental de otros servicios, consultamos la definición de auditoría, dada por la Asociación Americana de Contabilidad: “proceso sistemático para obtener y evaluar objetivamente evidencia con relación a una afirmación verificable acerca de actividades y eventos para cerciorarse del grado de correspondencia entre la afirmación y los criterios establecidos y luego comunicar los resultados a los usuarios interesados”²⁷.

La Cámara Internacional de Comercio, define la ecoauditoría como:

(...) herramienta de gestión que comprende una evaluación sistemática, documentada, periódica y objetiva del funcionamiento de la organización ambiental. Prevé la implantación de gestión, así como los equipos de control necesarios con objeto de: Facilitar el control de gestión de las prácticas medioambientales y declarar el cumplimiento de la política de la compañía de acuerdo con la normativa medioambiental²⁸.

Este concepto, se introduce por vez primera en los Estados Unidos, en respuesta a la legislación ambiental cada vez más restrictiva y a las pesadas penas asociadas a las infracciones de manera voluntaria. En una primera fase los objetivos consistían en asegurar que la empresa cumpliera de forma metódica y global las disposiciones legales. Disposición preventiva que evolucionó en la década de los ochenta del pasado siglo hacia una posición defensiva, y así comenzaron a ser vistas como instrumentos capaces de promover una utilización inmejorable de los recursos, permitiendo mejorar la imagen de la empresa en el mercado y contribuir a su competitividad²⁹.

27 ANTUNEZ SÁNCHEZ, Alcides. Tesis de Especialidad. 2005. Facultad de Derecho. Cuba. Se hace reseña de las herramientas de gestión, con el uso de la auditoría ambiental. Revista EUMENED. España.

28 Vid: Auditoría ambiental. Ley No. 107. Ley de la Contraloría General de la República de Cuba. 2013. <http://www.contraloriageneral.cu>

29 Etiqueta ecológica”, MERCOSUR, 2003. “Etiquetas verdes”, p.91, Series normas técnicas ISO 9000-14000.2000. <http://www.iso.org> Pacto Global de las Naciones Unidas para contribuir a la emergencia de “valores y principios compartidos que den una cara humana al mercado global”. Los participantes ingresan voluntariamente y provee un marco general para fomentar el crecimiento sustentable y la responsabilidad cívica de empresas comprometidas. Posee enfoque preventivo frente a los retos medioambientales, promueve mayor responsabilidad ambiental, alienta el desarrollo y la difusión de tecnologías limpias. <http://www.pactoglobal.org.ar/content>. Consultado 15 agosto 2010. Coincide LÓZANO CUTANDA, Blanca y otros. “La nueva etiqueta

A finales de los años setenta del pasado siglo, cuando una serie de empresas implantaron programas de auditoría, llegando a utilizar Auditorías Ambientales de Seguridad e Higiene (en adelante EHS) para analizar el cumplimiento de las normas gubernamentales y las normas internas.³⁰ Concluyendo los ochenta surgió un tercer factor relacionado con el desarrollo de auditorías EHS que traducía el deseo creciente de la opinión pública de que las empresas prestasen una información completa sobre su incidencia y actuación sobre el medioambiente. En los últimos años las empresas químicas, petrolíferas e industriales han ido intentando responder con la publicación de informes medioambientales públicos. En la actualidad se discute entre los profesionales que ejecutan el *control ambiental*, en torno a los objetivos y estrategias destinados a prestar información sobre el grado de cumplimiento de las normas sobre medioambiente y sobre sus riesgos.

La Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos, consideró obligatoria la implantación de auditorías medioambientales independientes, fue a partir de ahí cuando las normas norteamericanas comenzaron a exigirles a las empresas la publicación de algunos datos. (Superfund Amendments and Reauthorization Act (SARA), Título III, Sec. 313, obliga a que las empresas informen sobre las cantidades de sustancias tóxicas que emiten). En la Unión Europea, las normas ambientales que una empresa debe cumplir varían considerablemente según el país de implantación.

ecológica de la Unión Europea”. Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental No. 2001. España. p.5

30 HARRISON Y MAUTZ, sobre la Filosofía de la Auditoría, sentaron pautas desde la teoría de la auditoría, en la introducción a sus propuestas sobre postulados de auditoría, Mautz y Sharaf (1961) citan de Aristóteles (“Los Trece Libros de los Elementos de Euclides”, traducido por Sir Thomas H. Heath, vol. 1, segunda edición, Pág 119): “Toda ciencia demostrativa debe partir de principios no demostrables, o de lo contrario los pasos de demostración serían interminables”. Cuestiones presentes al ejercitar la auditoría, como acción de control de la Administración Pública en relación con su patrimonio. Si bien el propósito primordial de los postulados es establecer una base para la formulación de teoría, también describen ellos las características intrínsecas de la auditoría y definen un modelo con el cual se pueden comparar potenciales situaciones de auditoría. Ya que producirá un beneficio económico o social. La expectativa de la sociedad en relación con la auditoría y las circunstancias en que ha aparecido el fenómeno de la auditoría demuestran sin lugar a duda que una característica definitiva del proceso de auditoría es la de que debe ser independiente en todo sentido de la organización y los miembros de la organización sometidos a la auditoría.

El Reglamento de la Comunidad de Estados Europeos 1836/93, aplicado a partir de abril de 1995, trata de atenuar las referidas diferencias, establece normas de gestión medioambiental, exige que las empresas promuevan la realización de auditorías medioambientales y que elaboren informes ambientales para el gobierno de su país, y éste, a su vez, proceda a su divulgación³¹.

Considera un vasto conjunto de temas ambientales, entre los que se incluyen la emisión de contaminantes, la producción de residuos, el ruido y consumo de materias primas, el consumo de energía y del agua. Hoy toda la gestión medioambiental se transforma, las empresas acabarán por constituir una función independiente que tendrá que repartir sus prioridades con otros procesos, hasta convertirse en una función cada vez más integrada en estos. Un cuarto factor hoy se visualiza con la creciente confianza de los directivos en la utilidad de esta disciplina como instrumento de medida que valora y ayuda a cambiar y a mejorar la actuación EHS, cerrando así un ciclo completo en relación al tratamiento que se le da a esta institución³².

Estos autores estiman que fue la industria la primera que sintió la necesidad de prever los aspectos ambientales de sus operaciones y ahora es también ella la que espera que la auditoría desempeñe un papel importante en la próxima fase de la gestión medioambiental.

31 *Libro verde. Fomenta un marco para la Responsabilidad Social de las Empresas. Se manifiesta en una responsabilidad interna, incluye aspectos de gestión de recursos humanos, salud y seguridad en el trabajo, adaptaciones a los cambios y gestión del impacto ambiental y de los recursos naturales. La disminución de contaminaciones, del consumo de recursos naturales, de los gastos energéticos o de la generación de residuos para aumentar la rentabilidad y competitividad. Bruselas. 2001.pp.1-35 Libro Blanco, incrementa la protección a la salud humana y al medio ambiente, frente a las exposiciones de sustancias y preparados químicos, mejora la competitividad, la capacidad de innovación del sector químico, en cumplimiento del principio de cautela. 2001. Manual para la formación en medio ambiente. Editora Lex Nova. España. 2008.*

32 BERNAL PEDRAZA, Ángel. "Responsabilidad ambiental de las empresas, un compromiso ético con el desarrollo sostenible". Universidad de Colombia.2009.p.23 . Son coincidentes BELMONTE MARTIN, Ismael. "La ecoauditoría: un instrumento para la defensa del ambiente." Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche. No. 4. España.2009.pp.57-78 Coincide PNUMA. 2012. Temas emergentes: en nuestro medio ambiente mundial. http://www.unep.org/yearbook/2012/pdfs/UYB_2012_FULLREPORT_spanish.pdf ARNER GUERRE, Ángel. "Responsabilización voluntaria de la industria en la protección medio ambiental". En cumplimiento del Libro Blanco y el Libro Verde de la Unión Europea. Universidad de Zaragoza. España. 2013. pp.123-342

Esto se confirma con los resultados de investigadores desde el área contable-financiera de países consultados de la Unión Europea y Latinoamérica, como *Gaz, Casals, Malheiros, Eyer, Iribarren, Malaxechavarría, Dense Pinheiro, y Garay*, al definirla como: "proceso de investigación realizado por un auditor independiente dirigido a determinar el grado de eficiencia empresarial, con relación al grado de satisfacción experimental por la comunidad y su hábitat, señalado en su informe de auditoría a los agentes degradantes del medio ambiente y la magnitud de la degradación producida", además de una "investigación sistemática, ejecutada por especialistas, destinada al sistema de gestión ambiental y sus resultados"³³.

Otros autores contrastados desde los saberes jurídicos de los países consultados en materia de derecho comparado, como: *Carmona Lara*³⁴, *De Bessa Antunes*³⁵, *Iribarren*³⁶, *Bustamante Alsina*³⁷,

33 *Gestión ambiental, Ley No. 81, Ley del medio ambiente. República de Cuba. <http://www.gacetaoficial.cu>.*

34 CARMONA LARA, Dra. Maria del Carmen. *Sobre los aspectos jurídicos de la auditoría ambiental en México. La autora hace un análisis jurídico de los aspectos de esta acción de control al medioambiente dentro de su país.*

35 DE BESSA ANTUNES, Dr. Paulo. *Direito ambiental. Editora Lumen Juris LTD. 12 edición. ISBN 978- 85-375-0616-5. 2011. Brasil. El autor ejecuta un análisis sobre la teoría general del Derecho Ambiental. El orden constitucional del medio ambiente. Las competencias constitucionales en materia ambiental. La política y el sistema nacional del medioambiente. El poder de la policía ambiental. Saneamiento ambiental. Responsabilidad ambiental. Educación Ambiental. Con la Evaluación del Impacto Ambiental. El medio ambiente urbano. La protección legal a la diversidad biológica. La política energética y el medio ambiente. Vinculados con el Derecho Administrativo Ambiental.*

36 IRRIBARREN, Dr. Federico, "Evaluación de impacto ambiental. Su enfoque jurídico", pág. 43, Editora Universo, 1997. El autor refiere sobre la auditoría ambiental: tiene por objeto apreciar el impacto que todo o parte de la producción o existencia de una empresa es susceptible de generar sobre el ambiente. Puede tener un objeto de alcance variable.- Puede limitarse su objeto al impacto de un producto o línea de producción. Puede tratarse de un análisis de riesgos presentados por ciertos productos o materias primas, o su producción susceptible de generar tal o cual desecho.- También puede tener por objeto analizar los efectos de un establecimiento industrial en un lugar determinado.-La auditoría tomará en consideración la situación geográfica, económica, sociológica e hidrológica para apreciar las incidencias que el proyecto de implantación sería susceptible de generar en esos medios. Finalmente la auditoría ambiental podrá tener por objeto general, enfocando un análisis global del impacto ambiental que producirá el funcionamiento de un establecimiento en el lugar.

37 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: "Derecho Ambiental. Fundamentación y normativa" pág. 98 a 101, Editora Abeledo Perrot, 1995 refiere que la auditoría ambiental debe realizarse mientras la empresa permanezca activa; el estudio de impacto es previo y está destinado a obtener una autorización administrativa.- tiene un objetivo diferente, apunta a informar a la dirección de la empresa sobre los riesgos que puede correr y la consecuente responsabilidad que pueden generarles y así poder

Fernández de Gatta Sanchez³⁸, Di Trindade Arnado³⁹, De Medeiros Garcia⁴⁰, Beltrao⁴¹, Martin⁴², Meier⁴³, Bustamante Alsina⁴⁴, Lopez Sela y Ferro Negrete⁴⁵, Quintana Valtierra⁴⁶, Morales

Hoy toda la gestión medioambiental se transforma, las empresas acabarán por constituir una función independiente que tendrá que repartir sus prioridades con otros procesos

preverlos, minimizarlos y evaluarlos.

38 DE GATTA SANCHEZ, Dionisio. Universidad de Salamanca. España, señala los aspectos generales sobre la protección jurídica del medio ambiente, sobre las actividades relacionadas con el derecho administrativo y el control al medio ambiente, con pertinencia en la responsabilidad ambiental.

39 DI TRINDADE ARNADO, Frederico A. Direito Ambiental Esquemático, el ejercicio de la auditoría ambiental y sus presupuestos jurídicos. Editora METODO, Brasil, 2011.

40 DE MEDEIROS GARCIA, Leonardo. el derecho ambiental constitucional, Brasil. 2010, Editora JIUS POVIVM

41 BELTRAO, F. G. Direito Ambiental, 2011. Brasil.

42 MARTIN, Dr. Leandro Maximiliano. Apuntes del Derecho Ambiental, hace un estudio sobre este nuevo derecho, en relación a su problemática, conceptualización por diversos autores como rama del derecho, la evolución de la conciencia ambiental en relación con la problemática ambiental internacional, desde sus orígenes históricos remotos, el vocabulario ambiental, la legislación ambiental, la ecología, el daño ambiental, el cambio climático, la relación del hombre con el ambiente, el biocentrismo jurídico, los modelos de desarrollo, el desarrollo sustentable, y la tutela jurídica del medioambiente.

43 MEIER, Dr. Henrique. Profesor de politología y derecho administrativo, realiza un estudio sobre las relaciones entre el derecho y el medio ambiente, aborda temas como la industrialización, urbanización, latifundio, el concepto de derecho ambiental, las funciones de esta rama del derecho dentro de la sociedad, los factores que intervienen en esta rama del derecho con el Estado en sus relaciones, y su conclusión al denominarle el Derecho que ha de asegurar la vida en el planeta, con su nicho de investigación en la actual Republica Bolivariana de Venezuela. Publicado en el 2007.

44 BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. Aspectos relacionados con el medio ambiente, su preocupación a escala global, la difusión necesaria de la conciencia global en la materia tratada, la necesidad de su institucionalización en materia de protección, los congresos internacionales realizados en relación al derecho del medio ambiente de mayor relevancia que han trazado pautas, el poder de policía de la Administración Pública, la intervención de la Administración Pública y la tutela ambiental, las regulaciones administrativas, la Auditoría Ambiental, la EIA, 2010.

45 LOPEZ SELA Dr. Pedro, Universidad Autónoma de México. estudio de las implicancias del Derecho Ambiental, relacionado con el derecho, la ecología y el medio ambiente, la gestión ambiental, la AUDITORIA AMBIENTAL, responsabilidad jurídica por daños al medioambiente.

46 QUINTANA VALTIERRA, Dr. Jesús. Derecho Ambiental Mexicano, Lineamientos generales, 2006. Editora Porrúa. 1era edición.

Lamberti⁴⁷, Lorenzetti⁴⁸, Bustamante Alsina⁴⁹, Morales Lamberti⁵⁰, Novak⁵¹, y Sales⁵², coinciden en señalar que entre los modos de actuación de la Administración Pública, esta acción de control es una actividad de limitación o policía, es una prestación de un servicio público, una actividad de gestión o económica, con la inspección y la potestad sancionadora o de policía desde la perspectiva que asumen las Administraciones Públicas, de sus funcionarios ante sus faltas y por cometer daños a los recursos naturales, con el consabido incumplimiento de las políticas ambientales implementadas en pos del desarrollo sostenible o sustentable.

En Cuba, las investigaciones realizadas por especialistas del área contable financiera, como Armada Traba⁵³, Font Aranda⁵⁴, Pelegrin Mesa⁵⁵,

47 MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia. Gestión y Remediación de Pasivos Ambientales: políticas y atribución de responsabilidad, editora MULTIGRAF, en Argentina en el año 2008. hace un abordaje sobre los pasivos ambientales y su configuración jurídica, en relación con la actividad minera. La actividad de policía ambiental, el seguro ambiental, el control y la fiscalización ambiental, y las concesiones administrativas ambientales.

48 LORENZETTI, Dr. Ricardo Luis. Teoría del Derecho Ambiental, sobre el origen de esta nueva rama del derecho, paradigmas teóricos, el seguro ambiental, la seguridad jurídica ambiental, la tributación verde, las técnicas de comando y control, la normativa ambiental argentina, análisis de sentencias internacional ambientales, el paradigma ambiental, incertidumbre y riesgos ambientales. 2008.

49 BUSTAMANTE ALSINA, Dr. Jorge. Fundamentación normativa del Derecho Ambiental. Editora Abeledo Perrot. Argentina. Aborda la temática del control al medio ambiente a través de la auditoría ejecutada por la Administración Pública. La diferencia y analogía con la EIA. 2011.

50 MORALES LAMBERTI, Dra. Alicia y autores. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOVA. Argentina. El control ambiental en la actividad de la minería y su importancia en preservar los recursos naturales. 2008, Editora ALVERONI.

51 NOVAK, Dr. Frank. Diplomado en Derecho Ambiental y procesos ambientales. UNIVERSIDAD LA SALLE. CEJA. México.

52 SALES, Dr. Rodrigo. La Auditoría ambiental, aspectos jurídicos. Sao Paulo. Brasil. 2001. Aspectos jurídicos para la concreción de esta herramienta de gestión.

53 Profesora del área de las ciencias contables en la UNIVERSIDAD DE LA HABANA, investigadora en la temática relacionada con la Auditoría ambiental, realizando aportes desde la arista contable financiera, en relación con la tutela y el ejercicio de esta institución jurídica. Cuba.

54 Ilustre profesora del área de las ciencias contables de la UNIVERSIDAD DE MATANZAS, quien desde el Centro de Estudios del Desarrollo para el Turismo, ha desarrollado en investigaciones la pertinencia de esta herramienta de gestión ambiental en pos de un desarrollo sustentable. Cuba.

55 Profesor destacado en el área contable financiera en la UNIVERSIDAD DE CAMAGÜEY, quien en su autoría y coautoría ha venido desarrollando estudios sobre la temática de la tesis en el centro de estudios dentro de su área académica, sobre la pertinencia de la aplicación de esta herramienta de gestión en el sector empresarial y del turismo en el país. Cuba.

Pérez Bello⁵⁶ y Aguilera Mesa⁵⁷, quienes desde esta arista han demostrado insuficiencias en la consecución de esta herramienta de gestión relacionada con la contabilidad verde, la falta de cultura ambiental, la no exigencia de la responsabilidad ambiental, la reparación del daño ambiental y su relación con los costes ambientales, la falta de un seguro ambiental obligatorio que permita la indemnización de los perjuicios que se ocasionen ante daños al ambiente. Otros académicos cubanos, que desde las ciencias jurídicas, han investigado sobre el tema, son: Viamontes Guilbeaux⁵⁸, Caraballo Maqueira⁵⁹, Rubio-Legrá⁶⁰, Rey Santos⁶¹, Fournier Duharte⁶², Monzón Brugera⁶³, Elías Vega⁶⁴, y Cánovas González⁶⁵, entre otros; realizando aportes al *Derecho del Medio Ambiente*, relacionados con la protección medioambiental, la tutela de la

responsabilidad ambiental, las herramientas de gestión, el Manejo Integral de las Zonas Costeras, el tratamiento de la justicia ambiental, el derecho administrativo ambiental desde 1980. Existiendo insuficiencias en el análisis relacionado con el tratamiento al *control ambiental*, en el orden *teórico, doctrinal y legislativo*.

Los autores al contextualizar todos estos criterios vertidos en su definición, le consideran como: el instrumento de la administración de la empresa que se ocupa de las rutinas de trabajo y procedimientos de esta, o de uno de sus sectores, referidos a la gestión ambiental, al nivel de cumplimiento con las leyes ambientales y la política de la empresa misma, es un procedimiento ordenado que tiene por objetivos básicos el examen y evaluación, periódica u ocasional, de los aspectos legales, técnicos y administrativos, relacionados con las actividades ambientales de la empresa, como un instrumento de análisis de su desempeño ambiental y de las acciones relativas a esos empeños, es además un instrumento de gestión que nos permite hacer una evaluación sistemática, periódica y documentada y objetiva de los sistemas de gestión y desempeño de los equipos (equipamientos) instalados en el establecimiento de una empresa, por fiscalizar y limitar el impacto de sus actividades sobre el medio ambiente.

Como componente o compartimiento de la auditoría social que consta en un examen o evaluación independiente, sistemático, periódico, documentado y objetivo, realizado por un equipo interdisciplinario de auditores ambientalistas (profesionales especializados en los campos contable-financiero-económico, de ciencias ambientales de biología, de ingeniería, de derecho, de ciencias sociales, y de experto generalista de la industria o del gobierno) todos ellos con conocimiento de las normas y capacitación en la aplicación de los respectivos procedimientos de las auditorías financieras y de gestión.

Es una evaluación sistemática para determinar si el sistema de control ambiental y el desempeño ambiental están de acuerdo con los programas de acción y el sistema está siendo efectivamente implantado y es adecuado para la política ambiental de la empresa. Es una evaluación objetiva y documentada del impacto de sus actividades del negocio sobre el ambiente, tiene por objeto apreciar, en un momento dado, el

56 Profesor e investigador en el área contable financiera en la Facultad de Ciencias Empresariales y Económicas, en la UNIVERSIDAD DE GRANMA, ha desarrollado estudios sobre el desarrollo de la auditoría ambiental en el territorio de la provincia. Cuba.

57 Directiva de la Contraloría General de la República, quien ha desarrollado investigaciones relacionadas con el control al ambiente, y en especial lo relacionado con la auditoría, la misma trabaja actualmente en lo que será el programa de la auditoría ambiental, a ejercitar por este órgano de control y el CITMA, tal y como lo establece la Ley No. 107. Cuba.

58 Contratar la obra en materia ambiental publicada por VIAMONTES GUILBEAUX, Dra.C. Eulalia de la Caridad. Derecho ambiental cubano, en una compilación de autores. Y otros artículos que en materia ambiental la prestigiosa autora ha incursionado en esta temática. UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Cuba.

59 Consultar la obra de CARABALLO MAQUEIRA, Dr.C. Leonel. El pensamiento ambiental cubano. Profesor titular. Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE LA HABANA. Especialista de la Dirección Jurídica del CITMA. Aborda en su tesis la necesidad de modificar conductas relacionadas con el tema ambiental, en pos del desarrollo sustentable con el medio ambiente. Cuba.

60 FERNANDEZ RUBIO-LEGRA, Dr.C. Ángel. Ver su obra sobre la Ley del medio ambiente en 150 preguntas y respuestas. Publicado por el Ministerio de Justicia. Cuba. INSTITUTO DE RELACIONES INTERNACIONALES.

61 REY SANTOS, MSc. Orlando. Retos en la implementación del derecho ambiental. Cuba. CITMA. 2006.

62 FOURNIER DUARTE, Dra.C. Niurka. Ver artículo sobre la aplicación de la JUSTICIA AMBIENTAL. Jueza del Tribunal Popular Provincial de Santiago de Cuba. Cuba.

63 MONZON BRUGERA, Dra.C. Yailen. Consultar su tesis doctoral sobre el Manejo Integrado de Zonas Costeras en Cuba, donde la autora hace referencia de los presupuestos del Derecho Ambiental. 2012. Universidad de Cienfuegos. Cuba.

64 ELIAS VEGA, MSc. Niobis. Consultar el informe de la tesis sobre el manejo integrado de zonas costeras, defendido por la autora en la Facultad de Derecho de la UNIVERSIDAD DE ORIENTE. Cuba.

65 CANOVAS GONZALES, Dr.C Daimar. Derecho del medio ambiente, editora Venezolana, donde el autor aborda la problemática de la protección del ambiente, desde su dimensión social. Cuba.

impacto que todo o parte de la producción o de la existencia de una empresa es susceptible de acarrear en el ambiente y aparece como una herramienta de gestión, que permite monitorear el avance de la gestión ambiental y destacar en forma temprana los riesgos potenciales.

Se considera finalmente, que existe consenso sobre que es una *herramienta de gestión* para conocer la gestión ambiental en una empresa, sus riesgos potenciales, su dimensión social, ejecutada por equipos multidisciplinarios, para determinar el grado de eficiencia en materia medioambiental. En Cuba se ve contextualizada en el sector empresarial que tiene implementado el sistema de perfeccionamiento, en la carpeta de *gestión ambiental*, no así en otras áreas del sector empresarial estatal y el no estatal, donde no se implementan de manera adecuada las políticas relacionadas con la protección al medio ambiente.

Pudimos analizar lo dispuesto por la organización internacional que agrupa a las Entidades Fiscalizadoras Superiores, quien la define como: la herramienta de planificación y gestión que le da una respuesta a las exigencias que requiere cualquier tipo de tratamiento del medio ambiente urbano, sirve para hacer un análisis seguido de la interpretación de la situación y el funcionamiento de entidades tales como una empresa o un municipio, analizando la interacción de todos los aspectos requerido para identificar aquellos puntos tanto débiles como fuertes en los que se debe incidir para poder conseguir un modelo respetable para con el medio ambiente.

A juicio de estos autores si señalamos en el caso de una empresa estatal o no estatal, para qué y por qué realiza una auditoría ambiental de manera voluntaria, se determina que lo hace para cuantificar las operaciones industriales, determinando si los efectos de contaminación que produce dicha empresa, están dentro del marco legal de la protección ambiental, para que tribute al desarrollo local esperado con producciones limpias. Esto no está muy interiorizado en el empresariado cubano, porque aún no existe una adecuada *conciencia ambiental* que permita con acciones positivas mitigar la problemática ambiental actual, recogida en la Estrategia Ambiental, aunque tenga como nota distintiva la obligatoriedad a través de un plan.

Estudios probatorios de la Evaluación de Impacto Ambiental, suelen llevarse a cabo para poder determinar si un nuevo desarrollo o una obra de expansión van a cumplir con los reglamentos impuestos durante el proceso de construcción del proyecto. Por lo que los autores la definimos como: la acción de control ambiental realizada por una EFS que permite conocer el resultado del impacto ambiental, en el que podrá monitorearse la gestión ambiental en que concurre una Persona Jurídica y determinar los riesgos en que pueda incurrir, para certificar su tecnología limpia.

Guardando relación con la auditoría de gestión, la auditoría de cumplimiento y la financiera dentro del derecho interno cubano. Los países tomados como referente en materia de derecho comparado, ejecutan esta acción de control por las normas ambientales creadas por la *International Organization for Standardization*; serie ISO 14 000, de estándares internacionales, que no es ley, pero sí los países la tienen registrada para hacer negocios, el cumplimiento y compromiso con el medioambiente tiene que mostrarse, como requisito para negociar reconocido en tratados internacionales, siendo barreras para el desarrollo del comercio internacional⁶⁶.

Continuando con el análisis del derecho del medioambiente y dentro de este, el *control ambiental a los recursos naturales* como protección al bien jurídico ambiental, contamos con el estudio realizado por los profesores e investigadores del área jurídica de Latinoamérica, del Proyecto Planeta Verde, *Caferrata y Rinaldi*, el que concluyendo en su primera fase, sus resultados se coligen: “*casi todos los países de América Latina y el Caribe presentan una estructura legal similar: en la cabeza, cláusulas constitucionales ambientales, luego una Ley General, Ley de Bases, Marco, u Orgánica, del Ambiente, y más abajo, leyes sectoriales ambientales*”⁶⁷.

66 Normas ISO 14001. Implementa el procedimiento de la auditoría ambiental. SGMA: Especificaciones y guías de uso. ISO 14004. SGMA: Directivas generales sobre principios, sistemas y técnicas de apoyo. ISO 14010. Pautas para Auditoría Ambiental: Principios generales. ISO 14011. Pautas para Auditoría Ambiental: Procedimientos. ISO 14012. Pautas para Auditoría Ambiental: Criterios de calificación de auditores ambientales. ISO 19011. Fundamentos de la Auditoría Ambiental. ISO 14020 a 14025. Ecoetiqueta ambiental ISO 14034. Indicadores de desempeño Ambiental ISO 14040 a 14049. Análisis del ciclo de vida ISO 14050. Vocabulario ISO 14062. Ecodiseño ISO 14064. Gases efecto invernadero <http://www.iso.org>

67 Informe del PNUMA “Planeta Verde”, el que hace una relatoría

Coincidente con los estudios anteriores realizados por el profesor *Brañes Ballesteros*; confirmados por el directivo de política ambiental del CITMA, *Rey Santos*, quien afirma,

(...) las normas constitucionales que se ocupan del medio ambiente constituyen una parte muy relevante del Derecho Ambiental. Ello es así porque dichas normas trazan pautas esenciales de obligada consideración por el legislador y, por tanto, guían el actuar del órgano legislativo. (...) Por otra parte, su carácter de norma estable supone que la modificación o derogación de la constitución está sometida a condiciones especiales, y su condición "rígida" determina que el proceder para tales cambios esté generalmente recogido en la propia constitución. Esta estabilidad se trasmite a los presupuestos ambientales que contiene, elementos que convierten a la normativa constitucional en un ámbito particularmente relevante para el análisis de la evolución y marcha del derecho ambiental⁶⁸.

Brañes Ballesteros, resaltaba en sus estudios que:

(...) la compleja historia política reciente de gran mayoría de los 20 países que componen América Latina ha llevado a una renovación de sus instituciones, lo que se ha reflejado, entre otras cosas, en cambios constitucionales. Entre 1972 y 1999, 16 de los 20 países de la región se han dado nuevas Constituciones Políticas, que de diversas maneras han procurado incorporar las modernas preocupaciones de la sociedad latinoamericana⁶⁹.

Lo aquí analizado en un primer resultado nos ha permitido reconocer que en estas nuevas Constituciones figuran un número importante de disposiciones que se refieren a la preocupación por la protección del medioambiente y la promoción de un modelo de desarrollo sostenible, que han venido a enverdecer estas leyes fundamentales

sobre la actual situación legislativa ambiental en la que se encuentra el área geográfica latinoamericana. Liderado por los profesores Dr. Néstor CAFERRATA y el Dr. Gustavo RINALDI. Argentina. 2013.

68 FERNÁNDEZ DE GATTA, Dionisio. *Los principios y aspectos generales relacionados con la protección al medioambiente, la responsabilidad social corporativa y la auditoría ambiental*. Universidad de Salamanca. España. 2009. p.12 Coinciden LOPERENA ROTA, Demetrio. "Los principios del Derecho Ambiental." España. 1998. p.13 CANOSA USERA, Raúl. "Protección jurídica del medio ambiente". Editora Fundación para el Análisis y Estudios Sociales. España. 2010. pp.5-79

69 *Ibidem* No. 55.

desde el pasado siglo hasta el actual, lo que se refuerza con los mecanismos introducidos en relación con el control a los recursos naturales tanto para el sector estatal como el no estatal, tributando al desarrollo sostenible, que no es más que tributar a un desarrollo local adecuado, y que como baluarte se encuentra la de Ecuador, país Latinoamericano, como Estado parte del bloque económico del ALBA.

2. La actividad de servicios públicos

Podemos señalar que la primera idea de servicio público, al igual que otras instituciones jurídicas administrativas, tienen lugar como mayoritariamente se le reconoce y concuerda la doctrina, en la Francia del siglo XVIII, partiendo desde la consolidación del movimiento revolucionario burgués, frente a la influencia de la nobleza en los cuerpos judiciales de este momento histórico.

Matilla Correa, expresó: "*La noción de servicio público no sólo aparece aquí como una técnica que enmarca en el interior del ámbito jurídico administrativo una actividad de gestión, sino como criterio permite, además, evaluar la naturaleza iusadministrativa de otras actuaciones de las entidades públicas*"⁷⁰.

70 MATILLA CORREA, Andry. "Derecho Administrativo y servicio público. Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica". Revista jurídica UNAM, México D. F. p.402. Universidad de La Habana. <http://www.juridicas.unam.mx>. 2013. Es criterio de este autor sobre este tipo de actividad al considerarle como una actividad de control, en el caso de Cuba puede también entenderse como servicio público. En otros países este tipo de actividad la realizan sujetos privados, es una típica expresión de ejercicio de funciones públicas por parte de los privados, requieren ciertos títulos habilitantes para ello. En Cuba existe una confusión con el término servicio público, de ahí que muchos no lo entiendan como tal, desde su perspectiva la actividad de auditoría en Cuba es un servicio público que se concreta en cierta actividad de control en su contenido, es de titularidad pública, la realiza una entidad pública en función de un interés y se concreta en ciertas prestaciones que el contenido de control. En el país existe mucha asistemática y fragmentación en esa articulación. Hay que conocer bien esas categorías para poder articularlas y llegar a conclusiones a partir de lo complejo de nuestro andamiaje normativo, que por demás no tiene detrás un pensamiento de este tipo y no cree hoy que en la práctica cubana se logre entender eso Son coincidentes DUGUIT, León. "Las transformaciones del Derecho Público", Editora Colin, 3ª ed. París, 1925, p. 51. Actividad cuyo cumplimiento debe de ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, es indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros. "Curso de derecho administrativo". Editora Marcial Pons. España. 2003. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", Revista de Administración Pública, No.17, 1955. GARRIDO FALLA, Fernando. "El concepto de servicio público en el derecho español" Universidad Complutense de Madrid, Revista de Administración Pública No.135.1994.

Constituye reseñar además que el concepto de *servicio público* ha tenido diversas acepciones, en correspondencia con el momento histórico en que se ha escrito sobre el mismo. El nuevo constitucionalismo que se vislumbra en el área Hispanoamericana, de la cual somos parte, ha mostrado cierto interés en el reconocimiento de esta actividad. Siendo de sumo interés para el Estado legitimar en normas su consecución, en correspondencia a las modificaciones que se vienen realizando con los cambios económicos en el *proyecto social cubano*, por ser esta un eslabón fundamental dentro de la actividad administrativa, que aún no se vislumbra con una adecuada construcción doctrinal por parte de los saberes jurídicos en el país.

Dentro del derecho interno, visualizamos la estructuración de organización administrativa cubana, la que encuentra su asidero legal a partir del Decreto Ley 67 de 1983, como regulación jurídica medular de la estructura central de la Administración Pública; modificado posteriormente por el Decreto Ley 147 de 21 de 1994 y otros cuerpos legales que en este sentido han estado unificando actividades en este entramado orgánico-administrativo del país. Lo cual permite la funcionalidad, al menos general, a los OACEs y a los Órganos Locales del Poder Popular a través de sus Consejos de la Administración, siendo los encargados de la dirección de las actividades y servicios que a la Administración Pública les compete⁷¹.

En la determinación de una actividad como servicio público resultan indispensables una serie de elementos que dan al traste con su adecuada configuración. Estos elementos, también

p.8 Toda actividad técnica realizada de manera continua, regular y uniforme, tutelada por la Administración Pública y gestionada directamente por esta o indirectamente por sujetos independientes autorizados para ello, bajo un régimen jurídico especial y destinado a la satisfacción de un interés general. TOLEDO TOLEDO, Dalia. Tesis maestría: "La calidad en los servicios públicos como una estrategia para legitimar a los gobiernos locales". Universidad del Ismo. México D.F. (2008). LONGO, Francisco. "La nueva gestión pública en la reforma del núcleo estratégico del gobierno: experiencias latinoamericanas". Nueva Gestión Pública y regulación en América Latina. CLAD 2001.pp.8-73 CALLAFEL, Jorge. "Los servicios públicos". Editora Anuario Jurídico. Argentina.2007.pp.1-19

71 MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, podrá consultar las normas jurídicas relacionadas con los Organismos de la Administración Pública en el país y el actuar de los Consejos de las Administraciones de cada territorio.

denominados características, han posibilitado que en conjunto con los criterios y principio enarbolados pueda llegarse a definir con mayor exactitud al servicio público como categoría jurídica. Afortunadamente la doctrina se muestra pacífica y uniforme ante los mismos. Uno de los primeros elementos a tener en cuenta es la necesidad de carácter general; lógicamente si el fin del servicio público viene dado por solventar necesidades públicas, debe de partirse en primer lugar de la existencia de tal necesidad individual que se generaliza, de lo contrario no tendría caso⁷².

Por otra parte se encuentra el sujeto prestador de la actividad, en este caso es evidente que se hace referencia a los órganos de la Administración Pública o el sujeto particular encargado de llevar a cabo la prestación⁷³.

Otro de los elementos importantes del servicio público viene dado por la necesidad de una prestación regular, continua y uniforme, para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan⁷⁴.

Entre otros elementos de servicio público, no debe de olvidarse el importante elemento de la titularidad, es decir ¿Quién goza de ser el titular de la actividad que se realiza? En dirección a ello la doctrina responde prácticamente unánime al Estado⁷⁵. Por último y no menos importante, es lo que se refiere al régimen jurídico, según Jèze... "la

72 FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Panorama..." Ob. cit., p. 115. Son coincidentes REYNA ALFARO, Luis Miguel y otros...los servicios públicos provienen del interés público por sus actividades, y se traduce principalmente en control de tarifas y servicios... en Colectivo de autores. "Actualidad de los...Ob. cit.,"("Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar"), p. 595. BOQUERA OLIVER, José. "Derecho Administrativo", 10 edición, civitas, Madrid, 1996, p. 71.

73 REYNA ALFARO, Luis y otros... su prestación puede ser hecha tanto por un organismo público como por particulares, pero bajo la autorización, control, vigilancia y fiscalización del Estado con estricto apego al ordenamiento jurídico pertinente. Coincide ISLAS COLIN, Alfredo....el citado autor define este elemento bajo la calificación de orgánico, argumentando...En los servicios públicos los elementos orgánicos consisten en el aseguramiento de dicha actividad por un órgano de la Administración Pública, pero el Derecho Administrativo clásico permite, por una parte, que una persona privada pueda prestar el servicio público. en Colectivo de autores. "Actualidad de los...Ob. cit.,"(los servicios públicos en el Perú: una visión preliminar), p. 589.

74 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)". Universidad Autónoma de Madrid, Granada, 2001, p 522.

75 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de...Ob.cit., p. 531.

*expresión servicios públicos, conviene reservarla a los casos de satisfacción de necesidades de interés general en que "los agentes públicos puedan recurrir, por los procedimientos del derecho público, a reglas que están fuera de órbita del derecho privado"*⁷⁶.

Como se ha podido observar de manera individual se ha pretendido mostrar algunos elementos sustanciales que componen en alguna medida los servicios públicos. Sin embargo no ha faltado en la propia doctrina otros autores que agrupan determinados elementos para configurar al servicio público.

2.1. Presupuestos de la actividad de servicios públicos vinculados con el control a los recursos naturales en Cuba

Los servicios públicos considerados por estos autores que guardan relación con el control al medioambiente, - a tenor de lo establecido en la doctrina analizada en el epígrafe anterior - vinculados al derecho ambiental, parten de la propia Ley No. 81. Están vinculados con las *herramientas de gestión ambiental*, complementados con las normativas reguladas en materia forestal, tributaria y urbanística. En materia de auditoría, como expresión jurídica dentro del ordenamiento normativo, son los siguientes:

- *El ordenamiento ambiental.* (Este lo ejecuta en colaboración con el Ministerio de Economía y Planificación, a través de la Dirección de Planificación Física), utilizando para ello las normas urbanísticas como parte del Derecho Urbanístico. La propia norma señala que tendrá como objetivo principal asegurar el desarrollo sostenible del territorio a partir de considerar integralmente los aspectos ambientales y su vínculo con los factores económicos, demo-

gráficos y sociales, a fin de alcanzar la máxima armonía posible en las interrelaciones de la sociedad con la naturaleza.

- *La licencia ambiental.* (La misma es concedida por los especialistas del CITMA, previa inspección ambiental realizada para la actividad que se pretenda ejecutar; en su concesión participan especialistas de otros organismos, como el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de la Agricultura, las Direcciones de Planificación Física entre otros). La norma le define como toda actividad susceptible de producir efectos significativos sobre el medio ambiente o que requiera de un debido control a los efectos del cumplimiento de lo establecido por la legislación ambiental vigente, estará sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental por el CITMA de conformidad con lo que al respecto estipule este organismo, el que establecerá asimismo los tipos y modalidades de dicha licencia.
- *La evaluación de impacto ambiental.* (Este tipo de acción es realizada por especialistas del CITMA, aunque la ley dispone que pueden participar otros especialistas convocados para realizar dicha evaluación, la que no se ejecuta al 100% de la actividad en el país) la Ley No. 81 en este particular define que será obligatorio someter a la consideración del CITMA, a fin de que se efectúe el proceso de evaluación de impacto ambiental correspondiente, los nuevos proyectos de obras o actividades.
- *El Sistema de Inspección Ambiental Estatal.* (Es un sistema diseñado por el organismo, desde su estructura central, provincia y municipal) Estableciendo que los órganos y organismos estatales que participan en el Sistema de Inspección Ambiental Estatal incluirán en sus sistemas de inspección los aspectos requeridos para garantizar la protección del medio ambiente en sus respectivas esferas, para lo cual actuarán en coordinación con el CITMA.
- *Los regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal.* Son los que se establecen en la Ley marco ambiental, que sustantivamente

⁷⁶ GASTÓN JÈZE. "Principios generales... Ob.cit., p. 9. Coincidente con BOQUERA OLIVER, José María cuando destaca la condición sine qua non para que pueda crearse un servicio público, es decir que el legislador debe haber calificado de público el fin que será atendido, de esta manera el legislador y la Administración Pública decidirán cuales serán esos servicios sin contar aquellos en los que la Ley impone su creación a la Administración Pública por ser considerado necesario para satisfacer necesidades de carácter colectivo; y en los que se le deja discrecionalmente su creación, (servicios voluntarios). en "Derecho Administrativo", volumen I, 3ra Edición, Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, pp. 234-235.

se derivan al ejercitar la responsabilidad en el cumplimiento de lo regulado en el Código Penal, el Código Civil, y en la aplicación del *Derecho Administrativo Sancionador* por los que poseen competencia y jurisdicción.

- *La auditoría ambiental* (acción de control realizada por especialistas de la CGR en sus tres niveles) así como dentro de los OACEs y sociedades civiles acreditadas en el propio órgano, se ejecuta según dispone la doctrina consultada cuyo fin está destinado a certificar las tecnologías limpias de una entidad auditada. Lo cual aparece preceptuado en la Ley No. 107 y en el Acuerdo del Consejo de Estado reglamentando esta actividad, así como en los programas de auditoría establecidos por este órgano de control.

Los autores consideran que existen otros servicios públicos relacionados con la protección a los recursos naturales como son los de la distribución del agua y el de la recolección de los desechos sólidos, entre otros, que de una manera u otra la Administración Pública norma conductas hacia sus administrados (ciudadano social), utilizando para ello normativas administrativas, que guardan relación vertical y horizontal con el derecho ambiental; que aún no tienen un tratamiento adecuado en los sistemas contables empresariales (subsistema de contabilidad verde) y en el derecho interno.

Hoy dentro del ordenamiento jurídico cubano tienen una expresión normativa que se fundamenta en un eje administrativo para su cumplimiento por parte de la Administración Pública hacia sus administrados, aún sesgada sin una adecuada construcción doctrinal por parte del área académica en el país. Siendo a criterio de estos autores lo que aún no permiten que exista un reconocimiento del Derecho Administrativo Ambiental.

2.2. El control ambiental, una herramienta de gestión ambiental para el desarrollo local como actividad de los servicios públicos de la Administración

El control al medioambiente se realiza por los OACEs y los órganos del control del Estado, como por los Consejos de la Administración en cada

territorio, en correspondencia con la división política administrativa del país. La Ley No. 81 establece que será el CITMA el organismo que ejercitará el control al medioambiente, señalando por demás que tienen además competencia y jurisdicción en esta actividad otros organismos como son el Ministerio de Salud Pública, quien ejercita la inspección sanitaria estatal, al amparo de lo que dispone la Ley No. 41⁷⁷ y el resto de las normativas y disposiciones administrativas que la complementan.

En el Ministerio de la Agricultura, le corresponde ejercitar la inspección en materia forestal, la que ejercita con su cuerpo de inspectores, amparados en lo que se regula en la Ley No. 85⁷⁸. Otro organismo que tiene competencias en este sentido es el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien a través del control a la seguridad y salud laboral, ejercita la inspección laboral dentro del sector empresarial. Lo ejecuta en cumplimiento de lo preceptuado en la Ley No. 13 y las disposiciones que le complementan y actualizan en este sentido⁷⁹.

Por lo que a criterio de estos autores son estos tres organismos los que mayor implicancia poseen en el control al medioambiente, estando en correspondencia con lo que se dispone en la Ley marco ambiental cubana vigente.

Ahora, con respecto a los órganos que tienen vínculo con el control a los recursos naturales, se encuentra en primer orden la FGR, cumpliendo el mandato establecido en la Ley No. 83. Lo ejercita, al ser la veladora del cumplimiento de la legalidad y lo hace a través de las Verificaciones Fiscales, comprobando el cumplimiento de las

⁷⁷ Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, en cuanto a la Ley de la Salud Pública, en relación con el actuar del Ministerio de Salud Pública y en especial la Inspección Sanitaria Estatal.

⁷⁸ Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, en relación con las funciones del Ministerio de la Agricultura en la política forestal, a través de la Ley Forestal y el actuar de sus cuerpos de inspección estatal, vinculados al derecho administrativo sancionador.

⁷⁹ Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la Republica de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, en relación con la inspección estatal en materia de seguridad y salud, ejercitada por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

políticas establecidas por el Estado en relación a la temática abordada⁸⁰.

El otro órgano con competencia es la CGR, que al amparo de lo preceptuado en la Ley No. 107 y en el Decreto Ley No. 159⁸¹, ejercerá el más alto control por parte del Estado en cumplimiento de su mandato, a través de la auditoría. Acción esta que no guarda relación con la inspección al discernir en su procedimiento y formas de ejecución, como en la persona que la ejecuta, la que tendrá que contar con una certificación como auditor o contralor.

Los autores concuerdan en que esta actividad de la *auditoría ambiental* o ecoauditoría, es un servicio público que presta la Administración Pública a sus administrados y a las personas naturales, partiendo del propio concepto de servicio público y de las características que le distinguen. Destinado dentro del desarrollo local a identificar dentro del sector empresarial a los que contaminan el medioambiente, certificándoles o no su producción como limpia, un reto por la obsolescencia tecnológica de la actual industria del país, muchas de estas con más de 50 años de explotación y de heterogeneidad en el sistema empresarial, hoy avocados a implementar un modelo económico que permitirá según su diseño evolucionar en el mercado internacional con los productos que seamos capaces de producir debidamente certificados.

Es por ello que la Administración Pública ha concebido en su derecho interno nuevas figuras que de una manera u otra tienen un vínculo con el control ambiental, es el caso de la normativa tributaria, con la Ley No. 113, la que irradia a la aplicación del ecoimpuesto o impuesto ambiental, permitiéndole tomar estrategias en pos de mitigar acciones negativas que contra el medio ambiente se hayan suscitado, al tener un fondo dinerario para tomar acciones para revertir o mitigar la situación adversa ambiental⁸².

⁸⁰ Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la República de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, en relación con la Ley de la Fiscalía General de la República de Cuba.

⁸¹ Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la República de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, actual normativa en Cuba que regula la auditoría y su ejercicio en el territorio nacional.

⁸² Consultar el sitio web del MINISTERIO DE JUSTICIA de la República de Cuba, donde se encuentra hospedada la gaceta

Es criterio de los autores considerar que aún quedan sesgos por implementar en nuestro derecho interno, ejemplo de ello es el caso de la contabilidad dentro del sistema empresarial, la que no recoge los riesgos ambientales en sus asientos contables (contabilidad verde), otro ejemplo es el seguro ambiental, el que permitiría cubrir los riesgos a través de la póliza concertada con las aseguradoras del país⁸³.

Por lo tanto lejos de reconocerse que la legislación en materia ambiental en el país es adecuada, está necesitada de actualización y evolución, a tono con las situaciones fácticas implementadas y con solución en otros sistemas de derecho que han sido contrastados por los autores de este material.

CONCLUSIONES

La acción de control al medioambiente a través de la auditoría ambiental, como función estatal, será ejercitada al amparo de la Ley No. 107, a través de los programas de control establecidos por la Contraloría General de la República a las personas jurídicas y naturales, con el objeto de certificar la producción+limpia, cuyo resultado será mitigar los problemas medioambientales, haciendo competitiva en el mercado la producción mercantil con su ecoetiqueta, como servicio público de la Administración estatal.

Las ciencias jurídicas y las ciencias contables, deberán marchar unidas en pos de un desarrollo y equilibrio sustentable para preservar el medio ambiente.

La Ley de la Auditoría y la Ley del Medio Ambiente, deberán ser actualizadas atendiendo a que:

- De estas parten la identificación de los principios jurídicos y la consolidación de las técnicas

oficial, disponible en <http://www.gacetaoficial.cu>, relacionada con la actual política tributaria del país.

⁸³ A través de la ESEN o la ESICUBA, actuales empresas en materia de seguros establecidas en Cuba. Legitimada a tenor del Decreto Ley No. 263 y las normativas sustantivas de esta actividad. Son coincidentes VIGURI PEREA, Ángel. "La responsabilidad en materia ambiental: el seguro ambiental". La importancia de adquirir la póliza contra los adversos ambientales en la empresa. Universidad de Pittsburgh. Estados Unidos de América.2011.p.53. CABEZA ARES, Alberto. "Los seguros de responsabilidad civil medioambiental en la obligación de reponer y restaurar el medioambiente alterado". Editora Universidad de León.España.2003.p.67

- jurídicas relacionadas con la tutela del control ambiental, hoy en contradicción.
- Con la comprensión y regulación jurídica de esta acción de control, permitirán alcanzar las metas y objetivos que orientan la acción de control en respuesta a la función estatal como política pública, en correspondencia con las directrices establecidas por las Entidades Fiscalizadoras Superiores.
 - En el derecho interno cubano, no hay un tratamiento adecuado a la contabilidad en relación con la debida protección al medio ambiente, como política pública estatal, relacionada con el desarrollo sustentable, tributario al desarrollo local.
 - La norma sustantiva cubana, no establece la póliza de seguro ambiental, relacionada con la comisión del daño ambiental por parte de las personas naturales y jurídicas.
 - La ecotributación, modernizada con la implementación a tenor de la Ley No. 113, tendrá que ser contextualizada por el empresariado cubano, para coadyuvar a mitigar los problemas ambientales.
 - La educación superior tendrá que proyectar estudios superiores relacionados con estudios en ingeniería ambiental o en ciencias ambientales, que permitan dar una respuesta adecuada a los actuales problemas ambientales.
 - Fomentar estudios para el reconocimiento doctrinal sobre los servicios públicos en materia ambiental.
- Se requiere con urgencia fomentar estudios académicos que tributen a la conformación en materia doctrinal del derecho administrativo ambiental en el país por parte de los juristas dedicados al estudio de esta rama de las ciencias jurídicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARMADA TRABAS, E. *Metodología para desarrollar Auditorías de Gestión en Cuba*. Tesis en Opción al grado científico de Doctor en ciencias económicas. Editora Ministerio de Educación Superior. La Habana. Cuba. 1997.
- _____. *Curso Teoría de la auditoría*. Universidad de La Habana. Ministerio de Educación Superior. Cuba. 2011.
- AGUILERA MESA, I. *Proyecto de Programas para la realización de auditorías de gestión ambiental*. Tesis en opción al grado científico de Master en Contabilidad y Auditoría. Revista de Auditoría y Control. Contraloría de la República. No. 12. La Habana. Cuba. 2004.
- ANTUNES SANCHEZ, A. F. *La auditoría en Cuba*. Tesina del Diplomado Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba. 2002.
- _____. *Los problemas ambientales en Granma. La auditoría ambiental como herramienta de Gestión*. Tesis de la Especialidad Derecho de Empresas. Facultad de Derecho. Universidad de Oriente. Cuba. 2005.
- *Aspectos generales del medio ambiente y de la gestión ambiental empresarial*. Grupo de trabajo estatal. Bahía Habana. Autores: Socarras Stable, Johanna y otros. *Producciones más limpia, consumo sustentable*. p.49. *Auditorías ambientales. Derecho urbanístico*. Cuba. 2009.
- ANTUNES, Paulo de Besa. *Direito Ambiental*. Ed. 14, Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. Brasil. 2010.
- ÁGUILA CARRALERO, A. y otros. *Consideraciones sobre la tributación ecológica como una alternativa para la protección ambiental*. Facultad de Derecho. Universidad de Camagüey. Cuba. 2012.

- ARIÑO ORTIZ /J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ/J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Significado actual de la noción de servicio público". en la obra "El nuevo servicio público", M. Pons, Madrid, 1997.
- BRAÑES BALLESTEROS. R. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*. Edición CITMA. La Habana. Cuba. 2005.
- _____: *Informe sobre el desarrollo del Derecho Ambiental Latinoamericano*. Su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, PNUMA, México D.F. 2001.
- _____: *La fundación del Derecho Ambiental en América Latina*. Chile. 2003.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. "Servicio público y derechos fundamentales". boletín de la Facultad de Derecho, núm. 21, 2003.
- BREWER-CARÍAS. A "Comentarios sobre la noción del servicio público como actividad prestacional del Estado y sus consecuencias". Comentarios monográficos. Universidad Central de Venezuela.
- BERNAL PISFIL, F. *Auditoría Ambiental o Ecoauditoría*. Revista Actualidad Empresarial, N° 201. Colombia. 2010.
- BELTRAO, A.F.G. *Direito Ambiental*. Editora Metodo. Sao Paulo. 2da ed. Brasil. 2010.
- BELLORIO, D. *Tratado de Derecho ambiental*. Editora AdHoc s.r.l. Argentina. 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, J. *Derecho Ambiental. Fundamentación normativa*. Editora Montecorvo. España. 2010.
- CARABALLO MAQUEIRA, L. *El pensamiento ambiental cubano*. Especialista principal de la Dirección Jurídica del CITMA. Cuba. 2000.
- _____. *La presencia de la concepción de producción más limpia en la legislación ambiental cubana*. Cub@: Medio Ambiente y Desarrollo; Revista electrónica de la Agencia de Medio Ambiente. Cuba. 2005.
- CAFFERATA, Dr. N. A., *Introducción al Derecho Ambiental*, Editora INE- Semarnat, México D.F., 2004.
- CANOVAS GONZALEZ, D. *Estudios sobre Derecho del Ambiente*. Editora Vadell hermanos. Valencia. Venezuela. 2011.
- COMA, M. "Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales", núm. 84, septiembre-diciembre 1977.
- COUZINET, P. "La fiscalización de la actividad administrativa de las autoridades locales en Francia". 19(56) 313-27.
- CRUZ SARDIÑAS, T. *El derecho al desarrollo sostenible. Una actualización obligada para la doctrina del Derecho Ambiental*. I Congreso Política, Derecho y Justicia Ambiental. 9na Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. La Habana. Cuba. 2013.
- DROMI, R. "Derecho administrativo", 5.ª edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.
- DUGUIT, L. "Las transformaciones del Derecho Público". Traducción de Adolfo POSADA y Ramón JEAN. Segunda ed. un volumen en 8.º pesetas 6.
- ESCRIBANO COLLADO, P. "El usuario ante los servicios públicos: precisiones acerca de su situación jurídica", núm. 82, enero-abril 1977.
- FONT ARANDA, M. y autores. *La auditoría ambiental, una perspectiva global y nacional*. Centro de Estudios del Instituto de Turismo Matanzas. Universidad de Matanzas. Cuba. 2011.
- FERNÁNDEZ-RUBIO LEGRÁ, Á. *Ley 81 en más de 150 preguntas y respuestas*. Editora MINJUS. La Habana. Cuba. 1999.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, J. "Teoría del Estado", Primera Parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- _____ "Teoría del Derecho", Primera Parte, Editorial Félix Varela, La Habana, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Dr. E. *Curso de Derecho Administrativo*. Parte 1 y 2. Editora Félix Varela. La Habana. Cuba. 2007.
- GARCINI GUERRA, Dr. H. *Derecho Administrativo*. Editora Pueblo y Educación.. La Habana. Cuba. 1986.

- GARRIDO VÁSQUEZ, R. *¿La economía verde o la economía del desarrollo sostenible? Retos actuales y respuestas a los lineamientos del 6to Congreso del Partido Comunista de Cuba. I Congreso de Política, Derecho y Justicia. 9na Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Cuba. 2013.*
- GONZÁLEZ MALAXECHEVARRÍA, Á. *La Auditoría medioambiental, su evolución histórica y entorno político-institucional.* Madrid. España. 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. "La actividad industrial y mercantil de los municipios", *Revista de Administración Pública*, núm. 17, 1955.
- _____. "El servicio público en los transportes urbanos", núm. 10, enero-abril 1953.
- _____. "Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos", núm. 12, septiembre-diciembre 1953.
- HERNÁNDEZ AGUILAR, O. y otros. *Fundamentos jurídicos constitucionales de la gestión ambiental en Cuba. Propuestas para su perfeccionamiento desde una perspectiva integral. I Congreso de Política, Derecho y Justicia Ambiental. 9na Convención Internacional sobre Desarrollo y Medio Ambiente. Cuba. 2013.*
- ISLAS COLIN, A. en Colectivo de autores. "Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (El servicio público en el Derecho francés). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- JAQUENOD DE ZSOGON, S. *El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores*, 3ª ed., Editora Dykinson, S.L, 1991. U.S.
- Jaquenod de Zsogon, S. *Derecho ambiental.* Editora Dykinson. España. 2004.
- Juste Ruiz, J. *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente.* Universidad de Valencia. España. 2007.
- JORDANO FRAGA, J., *El Derecho Ambiental del Siglo XXI.* Revista Electrónica de Derecho Ambiental, 09, julio 2003. En: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/09/dcho_amb2_XXI.htm (visitado el 18 de enero de 2009). España.
- JUSTE RUIZ, José. *La evolución del Derecho Internacional del medio ambiente.* Universidad de Valencia. España. 2007.
- *La inspección ambiental estatal.* Agencia del Medio Ambiente. CITMA. Criterios sobre la auditoría ambiental y sobre la inspección estatal. CITMA. Cuba. 2007.
- *La fiscalización superior en los umbrales del siglo xxi.* Auditoría ecológica, revista OLACEFS. Volumen I, no. 4. pp. 3-25. Autora: Martínez Sanz, Maria Luz. 1993.
- LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*, 5ta ed, Editora Dykinson. España. 2004.
- MATILLA CORREA, A, *Comentarios sobre las fuentes del derecho administrativo cubano (excepto el reglamento)*, en Castanedo Abay, A y otros., *Temas de Derecho Administrativo Cubano*, T I, Editora Félix Varela, La Habana, Cuba. 2004.
- MATILLA CORREA, A. "Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba". editorial universitaria. La Habana, 2009.
- _____ en Colectivo de autores. "Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (Trazos inconclusos desde una perspectiva histórica). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- _____ "Notas sobre la ley y el principio de legalidad en el ordenamiento jurídico cubano", en AA. VV., *Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- _____. "Observaciones sobre el régimen legal vigente de las concesiones administrativas en Cuba". www.juridicas.unam 2012.

- MARTÍN MATEO, Dr. R. *Manual de Derecho Ambiental*, 2da edición, Editora Trivium, S. A, Madrid, España. 2001.
- _____. *Tratado de Derecho Ambiental*, Volumen I, 1ra edición, Editora Trivium S.A., Madrid, España. 1991.
- MARTÍN MATEO, R. *Derecho administrativo*. Tomo I, 6ta ed. Editora Trivium, España. 1997.
- MORA RUIZ, M. *Tendencias del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo Ambiental: Transformaciones en el Derecho Administrativo general*. Revista Derecho y Conocimiento. Universidad de Huelva. España. 2012.
- MEMBIELA GUAITA, A. "La municipalización de servicios públicos. Especial-mente referida al abastecimiento de agua de las poblaciones". Prólogo del Excmo. Sr. D. Carlos Ruiz del Castillo. Publicaciones del Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.
- MOEELL OCAÑA, L. "La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria". 63(70) 131-65.
- *Normas de auditoría*. Contraloría General de la República de Cuba. Actualizadas por las normas de las EFS (INTOSAI) y las Normas Internacionales de Auditoría. 2012.
- NIETO, Dr. A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editora TECNOS. 2da. edición. España. 1994.
- OJEDA MESTRE, Dr. R. Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental. México. Las cien caras del Derecho Ambiental. México. 2012.
- *Prácticas de producción más limpias*. Colectivo de autores. Manual de formación ambiental básica. La Habana: Cuba. Capacidad 21. PNUD-CITMA. 2007.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. "Servicios públicos y usuarios de servicios" Revista de Administración Pública. Enero-agosto 2005.
- PEREZ VAQUERO, C. *Diez claves para entender el Medio Ambiente*. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. España. 2012.
- PARÉS SALAS, A. "El contencioso de los servicios públicos". Consideraciones en torno al artículo 259 de la Constitución y a derecho fundamental a la adecuada prestación de los servicios públicos. Revista de Derecho Administrativo. Nº 12.
- REY SANTOS, O. *Evaluación sobre la implementación de la Ley 81/97 Del Medio Ambiente a ocho años de su promulgación*, en Di Cagno, V., La Protección del Medio Ambiente en Cuba, Editora Ciencias Sociales, La Habana, Cuba. 2005.
- _____. *Instrumentos de la gestión ambiental*, en Viamontes Guilbeaux, E. C y otros., Derecho Ambiental cubano, 2da ed, Editora Félix Varela, La Habana, Cuba. 2007.
- REYNA ALFARO y Karen VENTURA SAAVEDRA. en Colectivo de autores. "Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". ("Los servicios públicos en el Perú: Una visión preliminar"). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- RIVERO Y SERN, E. "La protección del usuario a los servicios públicos", núm 87, septiembre-diciembre 1978.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. en Colectivo de autores. "Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica". (Sobre el servicio público universal en materia de telecomunicaciones). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- QUINTERO TIRADO, M. *El derecho procesal ambiental y la tutela efectiva*. España. 2012.
- VILLEGAS MORENO, J. L. *Derecho Administrativo Ambiental*. Editora Sin Límite CA. Venezuela. 2009.
- VIAMONTES GUILBEAUX, E. *Compendio de Legislación Ambiental*. Tomo I. Editora Félix Varela. Cuba. 1998.

- _____, E. C y otros., *Derecho Ambiental cubano*, 2da edición, Editora Félix Varela, La Habana, Cuba. 2007.
- Vita Roso, J. *La auditoría jurídica como actividad multidisciplinaria y el uso de tecnologías modernas*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales Universidad Tecnológica del Perú. 2009.
- VALLS HERNÁNDEZ, S. en Colectivo de autores. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*.(La noción del servicio público en el Estado Social de Derecho). Universidad Autónoma de México, 1ª ed. 2008.
- VILLABELLA ARMENGOL C. M. *Historia Constitucional y Poder Político en Cuba!*, Ácana, Camagüey, 2009.
- _____. *“La investigación y comunicación científica en la ciencia jurídica”*. ed. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. 2009.
- _____. *“Selección de Constituciones iberoamericanas”*, Félix Varela, La Habana, 2004.
- VILLAR EZCURRA, J. L. *“El derecho a la educación como servicio público”*, núm. 88, enero-abril 1979.
- WALINE, M. *“La noción de servicio público”*, en LL, t. 75.
- ZANOBINI, G *“Curso de Derecho Administrativo”*, Volumen I. Parte General. Ediciones ARAYÚ. Buenos Aires. 1954.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Consejo General del Poder Judicial. España. 1997.

COLABORADORES EXTERNOS ■
NACIONALES

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
FINANCIERO EN EL DERECHO COLOMBIANO
William Jiménez Gil

EL FUTURO PRÓXIMO DEL ARBITRAJE
DE INVERSIONES EN COLOMBIA
Raúl Alberto Gallardo Ciro

EL PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS
DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU APLICACIÓN
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. UN
ESTUDIO DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA
INTERPRETACIÓN JURÍDICA
Omar Huertas Díaz

UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DE
DERECHOS Y PRINCIPIOS:
DERECHO A LA PENSIÓN Y LA VERDAD,
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SOLIDARIDAD
Alexander Monroy Rodríguez
Oscar Yesid Osorio Barragán

LA INTERRELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y
EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. ESTUDIO
COMPARATIVO ENTRE FRANCIA Y COLOMBIA
Diana Paraguacuto-Maheo
Lilian Johanna Bayona
Raul Gallardo

EL BICITAXISMO EN BOGOTÁ:
APROXIMACIONES A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL CONTRATO DE TRANSPORTE, A PARTIR
DE UNA CUESTIÓN PRÁCTICA
Luz Mary Rincón Romero

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO FINANCIERO EN EL DERECHO COLOMBIANO*

CONSTITUTIONALIZATION FINANCIAL LAW IN THE COLOMBIAN LAW

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO FINANCEIRO NO DIREITO COLOMBIANO

William Jiménez Gil^a

williamjimenez@wjgestudiojuridico.com

Fecha de recepción: 8 de Marzo 2014

Fecha de revisión: 31 de Marzo 2014

Fecha de aceptación: 22 de Mayo 2014

*“Con excelentes magistrados, las malas leyes son todavía soportables”
Platón*

RESUMEN

El artículo analiza la llamada Constitucionalización del Derecho Financiero en Colombia, buscando responder a la pregunta: ¿El Derecho Financiero en el régimen de Derecho colombiano está constitucionalizado? A partir de esta inquietud se formula una correlativa: ¿Cuáles son los efectos e implicaciones de dicha Constitucionalización? Se responde que con la entrada en vigencia de la Constitución Colombiana de 1991, evidentemente el Derecho Financiero se constitucionalizó a tal grado, que además de ser considerada la actividad como de servicio público, es claro que las entidades financieras actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, el cual es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de

* Este artículo es producto de la investigación terminada que será sustentada por el autor como parte de su tesis doctoral en la Universidad Santo Tomás de Aquino.

a. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Puro Universidad Nacional de Colombia. Doctorando en Derecho Universidad Santo Tomás de Aquino. Miembro de número del Colegio de Abogados Comercialistas. Profesor Universitario Universidad Santo Tomás de Aquino, Universidad Incca de Colombia. Actualmente se desempeña como Jefe de Litigios Especiales del Banco Davivienda S. A.

la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios, que restringe cabalmente su ejercicio.

PALABRAS CLAVES

Constitucionalización, derecho financiero, servicio público, derechos de los consumidores, autonomía de la voluntad, viejo derecho, nuevo derecho, racionalidad, argumentación.

ABSTRACT

This article analyzes the Constitutionalization of Financial Law in Colombia, seeking to answer the question: Is the Financial Law at the Colombian regime constitutional law? This concern originates a correlative: What are the effects and implications of such Constitutionalization? The answer is that with the entry into force of the Colombian Constitution of 1991. Financial Law was evidently constitutionalized to such an extent that besides the activity being considered as public service, it is clear that financial institutions act with authorization from the State to fulfill one of its purposes, which is the provision of public services, this allows some prerogatives of the activity, but also makes them fulfill user rights to the minimum, which completely restricts its practice.

KEYWORDS

Constitutionalization, Financial, Public Service, Consumer rights, autonomy, old right, new right, rationality, argument.

RESUMO

O artigo analisa a chamada Constitucionalização do Direito Financeiro na Colômbia, buscando responder à pergunta: Será que o Direito Financeiro no regime colombiano é direito constitucional? A partir desta preocupação é uma fórmula correspondente: Quais são os efeitos e implicações de tal Constitucionalização? A resposta é que com a entrada em vigor da Constituição colombiana de 1991, obviamente o direito financeiro foi constitucionalizado a tal ponto, que além da atividade ser considerada como serviço público, é evidente que as instituições financeiras atuam no exercício de uma autorização do Estado para atender a um dos seus objetivos, que é o de prestação de

serviços públicos pelo qual gozam de algumas prerrogativas próprias da atividade, mas também são obrigadas à cumprir com as condições mínimas dos direitos dos usuários, o que restringe o seu pleno exercício.

PALAVRAS-CHAVE

Constitucionalização, direito financeiro, serviço público, direitos do consumidor, autonomia, direito velho, novo direito, racionalidade, argumentação.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se discute vivamente si el Derecho en general, y el Derecho Privado en particular, están o no constitucionalizados; pues hay quienes afirman que existe un exceso en la aplicación del Derecho Constitucional a todas las áreas del Derecho; casi siempre quienes afirman esto se alían en el bando de los enemigos de *la constitucionalización del derecho*, pues consideran que se ha desarticulado además el sistema de fuentes del Derecho, en donde la ley, que era la fuente por excelencia, resulta remplazada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional merced a la aplicación del precedente como regla obligatoria de carácter general.

En palabras de Tamayo Jaramillo, quizá el crítico más conspicuo y puntilloso, *“ya no se trata de interpretar el orden jurídico vigente, sino de estudiar los precedentes constitucionales, con su carga de **subjetivismo axiológico** carente de respaldo normativo”*.

Para Tamayo Jaramillo, la Corte Constitucional Colombiana aplica la interpretación que él denomina *valorista*, según la cual los textos de la ley y de la misma constitución deben ser desatendidos si ello es indispensable para lograr la realización del Estado Social de Derecho y demás valores constitucionales. En su criterio *“un precedente obligatorio que desconoce el texto de la Constitución y de las leyes es supremamente peligroso porque destruye el principio de legalidad y convierte a los jueces en rango inferior en simples autómatas de la voluntad de las altas Cortes”*¹

¹ TAMAYO JARAMILLO, J. *La decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica y aplicación del Derecho*, 2011

Tamayo Jaramillo y los seguidores de lo que el mencionado autor ha denominado *Positivismo discrecional*, consideran que el *Neoconstitucionalismo* violenta manifiestamente la regla del artículo 230 de la Constitución Colombiana, el cual expresamente señala que los jueces en sus actuaciones están sometidos al imperio de la ley, que entienden como una norma única expedida por el Congreso, es decir, *ley en sentido formal*, y no como lo entiende la Corte Constitucional, *ley en sentido material*, lo que tendría unos alcances más amplios, pues no se reduciría al tenor literal de la norma escrita por el legislativo, sino que implicaría todo el contenido ideológico, o *valorista*, que la regla involucraría por ser de textura abierta. Para Tamayo “cuando el artículo 230 C. P. habla de sometimiento a **la ley**, significa que el Juez está sometido a todo tipo de normas -constitucionales, legales y administrativas- que hacen parte del sistema jurídico, pero aplicando la o las normas que regulan cada caso”² y no aplicando en su totalidad el ordenamiento jurídico, con miras a la realización de los valores máximos de la Constitución y la justicia como lo afirma la Corte, pues según Tamayo Jaramillo, entonces la seguridad de la que habla la Corte, sería una utopía.

En general, los opositores al *Neoconstitucionalismo* conciben que el mismo está desbordado, arrasa con los textos normativos establecidos en los Códigos vigentes, reemplazados por valores constitucionales no positivizados, y por ende la seguridad jurídica así como el principio de legalidad y el Estado de derecho desaparecen, para dar entrada a una dictadura judicial, donde las normas vigentes y aplicables no son las de los códigos, o las de la Constitución, sino la interpretación que de los valores constitucionales tenga la Corte.

Otro grupo, por el contrario, considera que el ejercicio del Derecho y, en general, la práctica de la aplicación judicial en Colombia, cambiaron con la constitución de 1991. Por ende hablan de un *Nuevo Derecho*, consideran que debe ser el análisis de *los principios generales de derecho* consagrados en ella (que hacen referencia a las nociones de vida digna, igualdad de trato frente a la ley, buen nombre, libertad de empresa y

asociación, garantía de la propiedad privada, libre competencia, solidaridad, autonomía de la voluntad, protección del medio ambiente, debido proceso, etc., entre otros), o que por conexidad le son aplicables (caso de las nociones de vivienda digna, mínimo vital, fomento de las empresas de la economía solidaria, servicios públicos esenciales aplicados al caso de los servicios bancarios y financieros y las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de salud, etc.), los que remplazan y le dan un caris diferente a la otrora visión egoísta, individualista y puramente liberal del concepto de Derecho privado y Derecho mercantil, que regulaban estas instituciones.

Afirman los seguidores del nuevo derecho, que un Derecho Constitucionalizado, basado en valores y estructurado sobre principios, más que reglas, asegura un Derecho más cercano a la justicia, que concilia las realidades de un país esencialmente inequitativo, pero fundamentalmente permite un ejercicio de argumentación más racional y coherente; útil en sistemas jurídicos como el colombiano caracterizado por la inestabilidad jurídica y una constante ausencia de justicia. Para quienes defienden el nuevo derecho, tal visión frente a la adjudicación judicial, permite reconocer que la ley no opera en situaciones de igualdad real o material, sino que ha sido concebida por el legislador desde una óptica puramente teórica, que concibe a los ciudadanos como iguales, desde una visión puramente formal, pero que no se compadece con lo que en el mundo real se observa. Concluyen que la seguridad jurídica no la da el texto de la ley, sino su debida y racional interpretación y aplicación a casos prácticos.

El objeto del candente debate expuesto es a lo que se ha dado en llamar la Constitucionalización del Derecho, y cualquiera sea la posición que se tome frente al mismo, no puede ser desconocido ni negado. Menos en un campo de la actividad económica vital para cualquier sociedad, como lo es el de la actividad financiera.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Dicho fenómeno ha irradiado la totalidad de las esferas jurídicas, y resulta particularmente interesante su efecto en el campo del Derecho Financiero, de aquí que el presente ensayo busque dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿El Derecho Financiero en el régimen de Derecho Colombiano está constitucionalizado? A partir

² TAMAYO JARAMILLO, J. *El precedente judicial en Colombia. Colombia: Universidad Javeriana. Editorial Gustavo Ibañez. (2012)*

de esta inquietud se formula una correlativa: ¿Cuáles son los efectos e implicaciones de dicha Constitucionalización?

METODOLOGÍA

El presente ensayo utiliza un enfoque cualitativo, el cual se usa, primero para descubrir y refinar preguntas de investigación, y posteriormente para probar hipótesis; se basa en métodos de recolección de datos sin medición numérica, con descripciones y observaciones, esencialmente de jurisprudencia y normas legales.

QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO FINANCIERO Y CUÁL ES SU ALCANCE FRENTE A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Acotar el ámbito de estudio del presente ensayo resulta trascendente, y por ende para los efectos del mismo, entenderemos la actividad financiera con los alcances que le da Martínez Neira, es decir:

(...) el conjunto de principios y normas que gobiernan la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tienen por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios auxiliares de crédito.³

En este sentido, no podemos reducir la actividad financiera exclusivamente al conjunto de operaciones activas, pasivas y neutras que realizan los bancos, sino que de una manera más amplia debemos considerar, como claramente lo expresa el profesor Martínez Neira, el conjunto de instituciones que captan, manejan, aprovechan e invierten fondos provenientes del ahorro público.

Es decir, que al analizar el tema, debemos considerar la actividad desarrollada por entidades como las compañías de seguros, las compañías de leasing, de financiamiento comercial, fiduciarias, empresas de factoraje, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, administradoras de

fondos de inversión, administradoras de fondos de pensiones, administradoras de fondos de cesantías, fondos mutuos de inversión e, incluso, en un sentido amplio, deberíamos incluir a las empresas solidarias que a través de modalidades de ahorro solidario manejan recursos de sus asociados, tales como cooperativas de ahorro y crédito, cooperativas de aporte y crédito, cooperativas financieras, fondos de empleados, mutuales, y bancos solidarios, e incluso en el caso Colombiano. También se debe considerar la particular situación de entidades como las Cajas de Compensación Familiar y otro tipo de entidades similares que desarrollan dentro de su quehacer actividades financieras de las mencionadas por Martínez Neira.

Ahora bien, mirado el tema desde la óptica del estudio jurisprudencial que en el ámbito constitucional ha dado lugar a la llamada *Constitucionalización del Derecho Financiero* en Colombia, la realidad indica que una buena parte, por no decir que el conjunto de los fallos más trascendentes y significativos sobre el tema, emanados de la Corte Constitucional, se refieren a Bancos y Compañías de Seguros. Con todo, el principio de irradiación de la jurisprudencia constitucional, la fuerza expansiva de estas normas, determina que los precedentes fijados por la Corte sean aplicables a las demás entidades que desarrollen actividades iguales o similares a la de los bancos y compañías de seguros, sobre la base de la consideración del principio de igualdad frente a la ley. Por lo tanto frente a un mismo fundamento de hecho se deberá aplicar una misma regla jurídica, regla jurídica que, en el caso en estudio, no corresponde a una regla de carácter legal, sino a una sub regla proveniente del precedente jurisprudencial.

LA NOCIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DE LA BANCA, SENTENCIA SU-157 DE 1.999. M. P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Son innumerables los fallos que en los últimos años ha emitido la Corte Constitucional, tanto en vía de constitucionalidad, sentencias C, como resolviendo la protección especial de derechos fundamentales mediante acciones de tutela o amparo, Sentencias T y Sentencias SU o de unificación. Sin embargo, de todas ellas hay un grupo especial de fallos que hoy en día configuran una línea de precedente jurisprudencial muy clara, que encuentra su Sentencia hito en la

³ MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (1994). *Sistemas Financieros*. Santafé de Bogotá: BIBLIOTECA FELABAN. MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (2004). *Cátedra de derecho bancario colombiano* (Segunda Edición ed.). Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.

SU-157 de 1999, a partir de la cual se entendió que la actividad financiera en general y el ejercicio de la banca en particular, son considerados como un servicio público. Es más, la Corte reconoce que el tratamiento de servicio público de la actividad financiera que prestan los bancos, no es una consideración nueva, sino que en vigencia de la Constitución de 1886 se reconocía a partir del año 1959. Veamos:

El 22 de octubre de 1.995, el presidente de los Estados Unidos de América, Bill Clinton, expidió la Orden Ejecutiva 12978 titulada *"Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers"*, la cual se dirige a congelar activos y prohibir transacciones con importantes traficantes de narcóticos. El documento señaló varios nombres de personas presuntamente vinculadas con los llamados "carteles" del narcotráfico y dispuso que, en ese país, sean sancionadas todas las personas que celebren negocios con las personas que figuren en la mencionada lista. El 21 de diciembre de 1.995 la Embajada de Estados Unidos de América en Colombia, informó al Gobierno nacional, a la Asociación Bancaria y a las Entidades Financieras de Colombia, que los banqueros colombianos *"no deben prestar servicio bancario a los «Narcotraficantes Específicamente Señalados»(...) los banqueros que presten tal servicio corren el riesgo de ser incluidos en la lista de «Narcotraficantes Específicamente Señalados», y con ello no podrán hacer ningún negocio con el sistema de los Estados Unidos"*.⁴ El listado y la información general sobre los *«Narcotraficantes Específicamente Señalados»*, fueron dados a conocer a los medios de prensa nacionales quienes publicaron los hechos. Dos ciudadanos colombianos que figuraban en la lista *"Blocking Assets and Prohibiting Transactions with Significant Narcotics Traffickers"*, más conocida como **"Lista Clinton"**, solicitaron y obtuvieron de la Dirección Nacional de Fiscalías y del Departamento Administrativo Nacional de Seguridad DAS, certificación de que contra los ciudadanos en cuestión no cursaba investigación alguna por violación a la Ley 30 de 1.986, ni registraban antecedentes judiciales o de policía según el Art. 12 del Código de Procedimiento Penal. Varias entidades financieras colombianas, entre otros BANCO DAVIVIENDA

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-157 de 1.999. M. P. Alejandro Martínez Caballero

S. A., COOPDESARROLLO, BANCO DE BOGOTÁ, CORPORACIÓN AHORRAMAS S. A., BANCO INDUSTRIAL COLOMBIANO S. A.; saldaron unilateralmente cuentas de ahorro, cuentas corrientes, depósitos en CDTs y otras operaciones financieras que mantenían con las dos personas objeto de la tutela base de la Sentencia analizada. Los peticionarios en razón de los hechos atrás enumerados y considerando que han sido objeto de un *"bloqueo financiero"*, demandaron se les ampararan sus derechos fundamentales al buen nombre, igualdad y al debido proceso.

Los jueces de instancia, de Cali y Bogotá, respectivamente, negaron los amparos solicitados argumentando que no existía trasgresión de derecho fundamental alguno. Que se trataba de controversias contractuales que deberían ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. Que la acción de tutela no está prevista como un medio procesal que pueda operar frente a particulares, en este caso entidades del sector financiero, ya que lo que se discutía es una controversia de origen legal que debe resolverse en la justicia civil, a más de que las entidades financieras gozan de autonomía contractual que autoriza la terminación unilateral de los contratos bancarios, tal y como lo establece el Art. 1389 del Código de Comercio. Uno de los jueces de instancia, además, argumentó que ningún tribunal nacional es competente para cuestionar la inclusión de una persona en un documento extranjero, pues aquello rebasa la jurisdicción colombiana.

Cabe aquí destacar los términos en que se estructura el debate jurídico, pues la controversia se plantea sobre la óptica de si el problema a resolver es exclusivamente de derecho privado, lo que llevaría a resolverlo por la vía de una interpretación legalista, preponderando la autonomía de la voluntad, y aplicando a tabla rasa la regla legal del artículo 1389 del Código de Comercio (*viejo derecho*); o si el tema trasciende el ámbito del derecho privado y toca con el tema de derechos fundamentales, caso en el cual la autonomía de la voluntad queda relegada para privilegiar la aplicación de principios constitucionales de grado superior; buen nombre, derecho a la intimidad, debido proceso, derecho a la igualdad frente a la ley y el principio de solidaridad, todos ellos de rango constitucional (*nuevo derecho*). Como se observa, los jueces de instancia privilegiaron el derecho privado por encima del derecho constitucional.

La Corte Constitucional estudió el tema en instancia de revisión, e inició el análisis del caso, considerando el punto relativo a la jurisdicción que tienen los jueces colombianos para conocer de una acción de tutela, que se fundamenta en la posible trasgresión de derechos fundamentales en Colombia, por la acción de algunas entidades financieras y la omisión de autoridades Colombianas. Encontró que dicha jurisdicción es plena, pues precisamente la razón de ser de la tutela es remediar la trasgresión de derechos fundamentales en Colombia.

Encontró la Corte que la base sobre la que se fundamenta la eventual trasgresión de los derechos fundamentales, propuesta por los peticionarios, tiene que ver con la inclusión de estos en un listado o documento realizado fuera del territorio Colombiano y por autoridades extranjeras, razón por la cual la intervención de las autoridades judiciales sólo está llamada a analizar las consecuencias jurídicas internas de la cancelación sucesiva de cuentas bancarias a personas que consideran transgredidos sus derechos fundamentales en Colombia y el consecuente efecto constitucional para las entidades financieras accionadas, lo cual de acuerdo con los artículos 4º y 241 de la Carta es un deber imperativo de la Corte Constitucional.

Consideró la Corte que el asunto en estudio tiene que ver con la terminación unilateral de contratos bancarios de los peticionarios, y que este hecho se origina en la inclusión de sus nombres en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, sin debido proceso, que les anula sus libertades económicas, les afecta el buen nombre y su derecho a la intimidad. Además, la actitud asumida por las entidades financieras contra quienes se promueve la tutela, impide que en el futuro los peticionarios puedan acceder al crédito en el sistema financiero colombiano.

La Corte encontró que la acción de tutela era procedente por cuanto, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela contra particulares sólo procede en cuatro casos taxativamente señalados, a saber:

- Cuando aquellos prestan un servicio público,

- cuando su conducta afecta grave y directamente el interés público,
- cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación y
- finalmente cuando se presente la indefensión respecto del accionado.

Para la Corte Constitucional, pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido el carácter de servicio público de la industria bancaria. Al respecto se dijo:

(...) la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, *reviste interés general* y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º de la Constitución Política), lo cual se concreta en *el carácter de servicio público* (negritas y cursivas fuera de texto)⁵.

La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente.

⁵ Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Encuentra la Corte que el punto central del debate tiene que ver con la autonomía de la voluntad privada en el sector bancario. Los bancos y Corporaciones de Ahorro y Vivienda demandados, fundamentan su decisión en el artículo 1389 del Código de Comercio, en donde expresamente se faculta a las partes de los contratos bancarios para terminar unilateralmente los vínculos, en cualquier término. Así las cosas, podría pensarse que la controversia se sitúa en un plano meramente legal, pues surge de una relación contractual que debe resolverse en la justicia civil. Sin embargo, la función especial y la cualificación de los prestadores del servicio público de la actividad bancaria exigen el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se manifiesta en la libertad contractual de los bancos, y derechos constitucionales de los usuarios del servicio, tales como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre.

Entiende la Corte que la autonomía privada dentro de una Estado Social de Derecho, como es el nuestro, presenta limitaciones y cortapisas que no pueden ser pasadas por alto por los particulares al momento de manifestar su voluntad, obligarse y desarrollar los negocios jurídicos propios de la libertad de empresa y la discrecionalidad que caracteriza el ámbito de lo privado.

Con la introducción de la cláusula social del Estado de Derecho, se exige que las actividades económicas particulares se desarrollen dentro del marco de la función social. Así pues, es claro que la autonomía negocial *“se inscribe en la dinámica de la libertad que reconoce a toda persona el poder de decidir su propia esfera personal y patrimonial”*,⁶ dentro del marco del bien común, el principio de solidaridad y los derechos de los demás. Por lo tanto, se concibe la libre actuación privada allí donde se le reconoce al individuo el derecho, no sólo a tener una conducta activa y basada en la propia iniciativa, sino a reaccionar como *homo economicus* a determinadas dinámicas del mercado.

Las libertades propias de la autonomía privada están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el

interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas (C.P. art. 1º y 95-1). Esto significa que la Constitución, como norma fundamental (artículo 4º superior), señala las directrices para todo el ordenamiento jurídico, por lo que la legislación de derecho privado también debe ser interpretada y aplicada a la luz de la Constitución y con ella de los derechos fundamentales. De esta forma, los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos y a los particulares, pues la Carta fundamental tiene también una eficacia horizontal. Es por ello que los poderes públicos deben intervenir en la esfera negocial para asegurar un orden económico y social justo, con el objetivo promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos y deberes que la Constitución consagra (C.P. art. 2º).

La Corte entiende que la función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular en el ejercicio de la autonomía privada. Esto se explica con el análisis de los preceptos constitucionales que claramente limitan el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras, como el artículo 335 de la Constitución, el cual establece que la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, **es de interés público**, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general.

La definición de interés público aún no parece unívoca, puesto que aquel puede considerarse como un concepto jurídicamente indeterminado. Por lo tanto, la Corte considera que, en la actividad bancaria, esta noción se materializa en estas premisas:

- El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado.
- El concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores **objetivos y razonables** que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro.

⁶ Sentencia C-134 de 1.994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

- En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades, para alcanzar la eficiente prestación de aquellos. La sentencia SU-560 de 1997 M. P. José Gregorio Hernández, que estudió el tema de la igualdad de acceso y permanencia en el servicio público de educación, dijo:

Si bien la Constitución protege la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia (art. 333 C.P.) y reconoce también el derecho de los particulares de fundar centros educativos (art. 68 C.P.), tales libertades no pueden anular ni disminuir el carácter de servicio público y de función social atribuido por la Constitución Política a la educación, que también y sobre todo es un derecho fundamental, por todo lo cual está sujeta a la suprema inspección y vigilancia del Estado (art. 67 C.P.), siendo de competencia del legislador la función de fijar las condiciones para la creación, gestión y funcionamiento de los aludidos establecimientos⁷.

- De lo expuesto se concluye que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón de la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio.

En el campo de las relaciones jurídicas que se traban entre los particulares, tiene especial relevancia el artículo 14 de la Constitución, el cual consagra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica como una verdadera garantía de la persona natural para que goce de la capacidad jurídica o de la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, no sólo de contenido extra patrimonial sino también de carácter económico, lo que implica una integración potencial a la vida negocial y al

tráfico jurídico de una sociedad. Por tanto, al individuo le debe ser posible participar en la vida social y económica no sólo a la hora de concretar sino de configurar algunos aspectos básicos del régimen económico. Con fundamento en lo dicho, la Corte define la siguiente sub-regla: **no puede haber personas a quienes se les niegue la personalidad jurídica, ya que ello equivaldría a privarles de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones.** Si esto es así, surge un corolario, **las entidades financieras no pueden arbitrariamente y de manera subjetiva negar el acceso a servicios financieros a una persona, pues esto implicaría tácitamente negarle su personalidad jurídica.**

Como consecuencia de lo anterior, se encuentra prohibida la sanción que elimine indefinidamente la posibilidad de acceder a las actividades económicas lícitas, dentro de ellas, el ingreso a la actividad bancaria.

Con todo, podría argumentarse, que corresponde al Legislativo la determinación sobre cuándo la autonomía privada queda sujeta a restricciones, derivadas de la protección de derechos constitucionales; por lo que al juez no le correspondería la aplicación directa de los derechos constitucionales en las relaciones privadas. La Corte manifiesta que esa tesis es parcialmente acertada, pues es indudable que, entre particulares, la doble función de los derechos fundamentales es nítida. De un lado, rechazan la intervención injustificada del poder estatal, por lo que buscan la defensa de sus aspectos esenciales. De otro, representan un deber de protección que obliga a la intervención del Estado cuando se quebranta la igualdad y se evidencian desigualdades fácticas inmensas, por lo que los derechos fundamentales también se constituyen en barreras frente al poder de los particulares.

En este contexto, si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales *per se* y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333).

Por consiguiente, es viable predicar la *ius fundamentalidad* de estos derechos cuando

⁷ Colombia, Corte Constitucional, SU-560, 6 de noviembre de 1997, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández, Gaceta de la Corte Constitucional, Bogotá, 1982.

se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, concluye la Corte, *“es claro que el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad”*⁸.

En este orden de ideas, no podría sostenerse la tesis que patrocine la absoluta imposibilidad, legal o práctica, de acceder a la actividad financiera, pues la total discrecionalidad de las entidades financieras implicaría negar el carácter de interés público de la actividad bancaria, los derechos de los clientes a la personalidad jurídica y a ejercer, en condiciones de igualdad, la libre iniciativa privada.

De aquí, que la Corte concluya que, evidentemente, la actitud de las entidades financieras demandadas, al terminar unilateralmente las relaciones contractuales con los peticionarios, rebasa el límite racional y justo que la autonomía de la voluntad concede y, por ende, con tal comportamiento se violan los derechos fundamentales a la personalidad jurídica y a la igualdad, derechos que son tutelados.

Sin embargo, el amparo otorgado por la Corte no puede extenderse a obligar a las entidades financieras a restablecer los contratos unilateralmente terminados, esto por cuanto, a juicio de la Corte, la libertad de contratación que involucra el derecho a acceder y a mantenerse en el sistema financiero, está supeditado a que la actuación de los particulares no violente el núcleo esencial del derecho.

EL NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO EN EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA

El núcleo esencial de un derecho

(...) es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda

⁸ *Ibid.*

sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección⁹.

Por consiguiente, el respeto del núcleo de los derechos se impone a las autoridades y a los particulares.

En este sentido la Corte en Sentencia T-443 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo puntualizó:

La actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares, lo cual se concreta en **el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1959** y que, tanto a la luz de la Constitución anterior como de la actual -en este último caso mientras la ley no defina el concepto de servicios públicos esenciales- faculta al Ejecutivo para impedir la huelga en dicha actividad y para convocar tribunales de arbitramento obligatorios. Si el Congreso de la República, al ejercer la función que le confía el artículo 36 de la Carta, elabora una definición que clasifique a la actividad bancaria y financiera por fuera del concepto ‘servicio público esencial’, el derecho de huelga podría ser ejercido por los trabajadores a ella vinculados dentro de las normas que el propio legislador establezca (negrillas fuera de texto)¹⁰.

En ese mismo sentido se pronunció la Corte en Sentencia C-122 de 1999. M. P. Fabio Morón Díaz.

La actividad bancaria, dada su caracterización y trascendencia dentro del marco de organización jurídico-política propia del Estado Social de Derecho, es un servicio público, pues además de la importancia de la labor que desempeñan los establecimientos del sector financiero, públicos y privados, la misma está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes, y su regulación y control son responsabilidad directa del Estado. A partir de los anteriores presupuestos, se

⁹ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁰ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-443, 6 de julio de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo Colombia, Bogotá, 1992.

entiende por qué, el Constituyente, en el caso específico de los establecimientos de crédito, le impuso al Estado el deber de regular su actividad, condicionándola y sometiéndola a unas reglas y controles específicos, que deben operar de manera tal que se realice el principio superior que señala la primacía del interés general sobre el particular; ese deber de regulación incluye, desde luego, el deber de hacer efectiva la responsabilidad de los agentes económicos proveedores de bienes y servicios, específicamente de los propietarios y administradores de los establecimientos de crédito¹¹.

En el caso en estudio, entiende la Corte, que el comportamiento de las entidades financieras al terminar los contratos existentes con los peticionarios, fue sustentada en **criterios objetivos, racionales y que no implicaban abuso de la libertad negocial privada**. La banca Colombiana considera que la “lista Clinton” si es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos “traficantes de narcóticos”.

La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes, propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos “reflejo” de la “lista Clinton” producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores.

Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la “lista Clinton”, pero en general en cualquier reporte relativo no

¹¹ Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-122, 1 de marzo de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, Bogotá, 1999.

solamente a narcotráfico, caso de los eventos SARLAFT¹², sino igualmente a lavado de activos o movimiento de recursos financieros que hayan tenido un origen ilícito o que tengan que ver con actividades de terrorismo, podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual debe ser minimizado en aras de proteger el ahorro del público.

Concluye la Corte que, si bien el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a la igualdad de los pretenses se encuentra conculcado, la reparación de estos derechos fundamentales no le corresponde al sector financiero, sino que se traslada a las autoridades colombianas.

La Sentencia SU-157 de 1.999, sienta de manera perentoria las condiciones para ponderar el derecho a la libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de los particulares, indicando que dichas actividades tienen una doble faceta, como generadores de derechos pero igualmente de obligaciones; recalca la Corte la función social que en un Estado Social de Derecho tiene la iniciativa privada. Igualmente reitera la naturaleza de servicio público que tiene la actividad financiera en Colombia, estableciendo el contenido obligacional que acompaña a quienes ejercen dicha actividad. Sin embargo, al momento de analizar el núcleo esencial de derecho a la personalidad jurídica de los pretenses, enfrentado a la autonomía negocial de los demandados, sector financiero, encuentra la Corte que hay razones objetivas racionales, basadas en el interés general que prima sobre la necesidad de protección y amparo de los derechos de los peticionarios. De aquí que considere que la determinación puramente contractual de las entidades financieras no fue abusiva, y por tanto considere que se ajusta al marco constitucional.

¹² En desarrollo de lo señalado en los artículos 102 y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en consonancia con el artículo 22 de la Ley 964 de 2005 y demás normas complementarias, la Superintendencia Financiera de Colombia expidió la Circular Externa 022 de 2007, que establece los criterios y parámetros mínimos que las entidades vigiladas deben atender en el diseño, implementación y funcionamiento del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo (SARLAFT). Dicha circular obliga no solamente al reporte de eventos que estén configurados dentro de los riesgos mencionados, que corresponden especialmente al reputacional, legal, operativo y contagio; sino fundamentalmente la terminación de los contratos que se tengan con clientes que sean personas o entidades que estén involucradas con las actividades de lavado de activos y/o financiación del terrorismo.

LA ACTIVIDAD BURSÁTIL TIENE TAMBIÉN LA CONNOTACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO, SEGÚN LA SENTENCIA SU 166-99

Ahora bien, al igual que sucede con las entidades financieras, especialmente bancos y compañías de seguros, la actividad bursátil es de interés público (C.P. art. 335). Vale la pena aclarar que la función bursátil se relaciona con la compraventa de valores, por lo cual se incluyen los comisionistas de bolsa. Así pues, el carácter de interés público de esa actividad se concreta en la inspección y vigilancia que, otrora, ejercía la Superintendencia de Valores, quien debía intervenir para mantener el mercado bursátil debidamente organizado, velar para que quienes participen en él desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y que no se ponga en peligro ni se lesione el interés público, específicamente el interés de los inversores.

Así mismo, el ejercicio de la actividad bursátil está limitado sólo para quienes ostentan la autorización gubernamental, así, por ejemplo, para ser comisionista de bolsa se requiere cumplir con condiciones especiales como ser una sociedad anónima y un objeto social exclusivo y determinado, eso es: desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores y el cumplimiento de requisitos personales y económicos, previamente definidos por la ley o la reglamentación al respecto (Ley 45 de 1990, Decreto 1172 de 1980 y Resoluciones 400 y 1200 de 1995 de la Superintendencia de Valores). De igual manera, el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional en Sentencia SU166-99, determinó que:

La autonomía negocial de los comisionistas de bolsa se encuentra limitada no sólo por la ley sino por la Constitución, pues esta última norma también se proyecta a las relaciones entre particulares. Sin embargo, ello no quiere decir que todas las relaciones comerciales de quienes desempeñan una actividad de interés público adquieren rango constitucional, pues ello vaciaría el contenido de la normatividad ordinaria y desconocería la esencia de la norma rectora del ordenamiento jurídico. No obstante, en ocasiones, la autonomía particular

de quienes desempeñan esas actividades podría involucrar derechos constitucionales¹³.

El caso resuelto por la Corte tiene que ver con un accionante que poseía 49.000 acciones preferenciales, sin derecho a voto, del Banco Ganadero, representadas en el título valor número 15578866. En razón a que el monto de las acciones excede de \$500.000, cualquier negociación debe realizarse por medio de la bolsa de valores. El accionante argumenta que necesitaba vender sus acciones, por tal razón, acudió al comisionista de bolsa ASVALORES S.A, quien se negó a negociar con el accionante, por cuanto se encuentra en la publicitada orden ejecutiva del Presidente de Norteamérica, la denominada "Lista Clinton" atrás mencionada. El actor considera que la empresa comisionista de bolsa ASVALORES S.A le vulneró el principio a la dignidad humana y los derechos a la igualdad, petición, buen nombre y debido proceso. En consecuencia, solicita que "se autorice y perfeccione la negociación de las 49.000 acciones preferenciales que sin derecho de voto tengo en el Banco Ganadero representadas en el Título 15578866"¹⁴.

Los jueces de instancia que conocieron de la tutela consideraron que el contrato de comisión para la compra y venta de valores se fundamenta en la autonomía de la voluntad privada de los comisionistas, como quiera que no existe disposición legal que obligue a aceptar los encargos solicitados por los inversionistas. Por lo tanto, concluyen que "no puede ni debe este Juez jurisdiccional de tutela meterse o inmiscuirse en un negocio de tráfico jurídico netamente civil, regulado por leyes preestablecidas para casos concretos"¹⁵.

De acuerdo con el artículo 1º del Decreto 1172 de 1980 "son comisionistas de bolsa quienes estando inscritos en el Registro Nacional de Intermediarios han sido aceptados por una Bolsa de Valores". A su turno, el artículo 7º de la Ley 45 de 1990 dispone que "las sociedades comisionistas de bolsa deberán constituirse como sociedades anónimas y tendrán como objeto exclusivo el desarrollo del contrato de comisión para la compra y venta de valores". Por lo tanto, el comisionista de bolsa es quien se dedica

13 Colombia. Corte Constitucional, SU 166, 17 de marzo de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, 1999.

14 Ibid.

15 Ibid.

profesionalmente a ejercer el contrato comercial de comisión, esto es, a desarrollar una “*especie de mandato*” para la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena (artículo 1287 del Código de Comercio). Así pues, el contrato mercantil de comisión se fundamenta en el acuerdo de voluntades, pues sólo se concreta si el comisionista acepta expresa o tácitamente la gestión encomendada. Por ello, la autonomía privada para negociar es de la esencia del contrato, como quiera que se reconoce a las partes la libertad, la capacidad para decidir y el plano de igualdad en el que se encuentran.

Afirma la Corte que la autonomía privada para negociar no es absoluta ni que su ejercicio es siempre del mismo grado, pues el ordenamiento jurídico y la propia Constitución distinguen campos en donde la autonomía privada está regulada por normas imperativas o irrenunciables, esto es, normas que se aplican en cualquier caso y, por lo tanto, se imponen a la voluntad de los particulares. Ejemplos tradicionales, como la contratación laboral y los acuerdos para prestar servicios públicos, así como paradigmas contemporáneos como el respeto por los derechos fundamentales y las normas superiores, permiten aclarar la aplicación de la autonomía privada en el derecho civil actual.

Concluye la Corte que al igual que sucede con las entidades financieras, la actividad bursátil **es de interés público** (C.P. art. 335). Vale la pena aclarar que la función bursátil se relaciona con la compraventa de valores, por lo cual se incluyen los comisionistas de bolsa. En este sentido la autonomía negocial de los comisionistas de bolsa está ampliamente limitada y sometida a un control estatal estricto y directo. En efecto, el Estado ha intervenido en esta actividad de manera especial para prevenir conductas delictivas, tales como, el lavado de activos y la utilización de esta labor para fines diferentes al interés público. Dentro del abanico de normas relativas a controlar y prevenir el blanqueo de activos en la actividad bursátil, se encuentran:

- Los artículos 39 y 40 de la Ley 190 de 1995, establecieron controles a las personas sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Valores.
- El artículo 103 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone que las sociedades co-

misionistas de bolsa deberán dejar constancia, en formulario especialmente diseñado al efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que realicen, cuyo valor sea superior a la suma de \$7,500.000,00.

- Varias circulares, entre las cuales se encuentran la Circular externa 014 de 1995 y 003 de 1997, expedidas por la Superintendencia de Valores, en las que se fijan los mecanismos y procedimientos para la prevención del lavado de activos a través del mercado público de valores.
- La Ley 27 de 1990 determinó la necesidad de que los comisionistas de Bolsa implementen mecanismos para el conocimiento del cliente y a las Bolsas de Valores les señaló la obligación de reportar a la Fiscalía General de la Nación las operaciones que se estimen sospechosas, el deber de controlar las transacciones en efectivo y la adopción de una serie de procedimientos por parte de quienes participen en el mercado público de valores, por cuyo desconocimiento habría lugar a la imposición de las sanciones pertinentes.
- Acuerdo de cooperación mutua entre el gobierno de Colombia y el gobierno de los Estados Unidos de América, para combatir, prevenir y controlar el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas, suscrito en San Antonio, Texas el 27 de febrero de 1992.

Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional se pregunta: ¿la decisión del comisionista de bolsa accionado transgrede los derechos fundamentales al reconocimiento de la personalidad jurídica e igualdad de acceso a la actividad bursátil del peticionario? El fallo contenido en la Sentencia SU-166-99 responde “que sólo es factible la protección de los derechos en comento, si se transgrede **el núcleo esencial** de los mismos o si existe **un bloqueo económico.**” Para ello, la Sala señaló estas condiciones:

b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan **acceder al sistema financiero...**

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la **imposibilidad de ingreso al servicio público bancario.** Por

consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca...

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce **consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público...**

b4. Cuando la negativa de negociación no responde a **causas objetivas y razonables** que justifican la decisión... (negrillas fuera de texto)¹⁶.

En la medida en que en el caso *sub judice* no se dieron ninguna de las circunstancias señaladas, concluye la corte que no es dable tutelar el derecho.

LA ACTIVIDAD ASEGURADORA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DE LA SENTENCIA T-1165 DE 2001

La actividad aseguradora ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los cuales ha determinado importantes modulaciones a la interpretación de normas del Código de Comercio que regulan el contrato de seguro. Entre las sentencias más relevantes, encontramos la T-1165 de 2001. El problema principal que se suscita en este fallo, es la no expedición de la póliza de vida grupo deudores por parte de la Aseguradora Solidaria, a los accionantes, por tratarse de portadores del virus VIH. En virtud de lo anterior, los actores interponen acción de tutela contra la aseguradora Solidaria, solicitando la protección de su derecho a la vida, la intimidad, la igualdad y por conexidad el derecho a una vivienda digna (Art. 51 de la Constitución Política). En desarrollo de esta acción, manifiestan que fueron honestos en declarar su condición de ser portadores asintomáticos del VIH, en la declaración de asegurabilidad, y que fue ésta la razón por la cual la aseguradora no aceptó su inclusión en la póliza de vida grupo deudores, cuyo tomador es el Megabanco.

Por su parte, la aseguradora Solidaria manifestó la libertad que le asistía para asumir un riesgo y que, para el caso en mención, la compañía no podía admitir en el grupo asegurado a los accionantes en referencia, en tanto que eran

portadores del VIH, riesgo que no estaba dentro de sus políticas de cobertura.

El Juez de tutela de primera instancia concedió el amparo pues consideró que la posición asumida por la compañía aseguradora es discriminatoria, rompe el principio de igualdad frente a la ley, pero adicionalmente desconoce el principio de solidaridad que debe ser considerado de manera especial en los casos de enfermos del VIH. El juez constitucional de segunda instancia revoco el amparo otorgado pues consideró que adicional a que el derecho a la vivienda digna invocado por el accionante no es un derecho fundamental susceptible de tutela, la entidad demandada es una entidad de naturaleza privada que con su decisión no pretende vulnerar ningún derecho, simplemente no quiere contratar con determinadas personas, hecho que no significa que los demandantes se encuentran inhabilitados para acceder al seguro de vida, ya que cuentan con la posibilidad de acudir a otra aseguradora con el fin de obtener la póliza reclamada, pues se advierte en su escrito de tutela que los actores sólo solicitaron el seguro de vida a una entidad, sin acudir a otra empresa aseguradora en procura de obtener la póliza reclamada.

La Corte Constitucional analiza el caso y encuentra que si bien la acción se formula contra un particular, regido por el Derecho Privado, contra quien, en principio, sería improcedente la acción de tutela, en los términos del artículo 86 de la Constitución y 42 del decreto 2591 de 1991, para el caso en estudio se acepta su procedencia. Lo anterior dado el estado de indefensión en que se encuentran los actores, quienes al ser portadores asintomáticos del virus de inmunodeficiencia humana, ven frustrados sus derechos, por el abuso de poder que en cierta medida ejerce la aseguradora, al decidir de manera arbitraria negar la suscripción de la póliza de vida.

Adicionalmente, y lo que es prioritario para el presente ensayo, la Corte Constitucional ha señalado que:

(...) de acuerdo con el artículo 335 de la CP, **la actividad aseguradora es de interés público** y se ejerce con arreglo a la ley. Consulta el interés público que en los contratos de seguros, la parte débil que, por lo general, se identifica con el asegurado o beneficiario, realizadas las

16 Sentencia SU-166-99, Op. Cit.

condiciones a las que se supedita su derecho reciba efectivamente y en el menor tiempo posible la prestación prometida. El mérito ejecutivo que se atribuye a las pólizas en los casos examinados, neutraliza y frustra **las prácticas abusivas** a las que podrían recurrir las empresas aseguradoras. Estas últimas, de ordinario, no sólo despliegan su poder en el momento inicial, al fijar unilateralmente las condiciones generales del contrato, sino que en el curso de la relación negocial - se ha observado por parte del legislador histórico, de manera no infrecuente, esquivan o dilatan injustificadamente el cumplimiento de sus compromisos. La disposición legal citada es el medio al cual ha recurrido la ley para **introducir un factor de equilibrio entre asegurado o beneficiado y el asegurador**"(negrillas fuera de texto)¹⁷.

Respecto al Derecho a la *Vivienda Digna*, considera la Corte que

(...) a pesar de estar contemplado en nuestra Constitución dentro del capítulo de los denominados derechos económicos sociales y culturales, puede ser considerado como un derecho de rango fundamental en relación con el derecho a la vida en condiciones dignas; pero para que esto sea posible es necesario analizar con especial detenimiento las circunstancias que rodean el caso concreto, pues sólo así se podrá determinar si la necesidad de vivienda, lleva consigo elementos que involucran la dignidad, o la vida de quien acude a esta instancia judicial¹⁸.

El derecho a la vivienda digna en abstracto no hace parte de los derechos fundamentales, pero en algunas circunstancias lo sería si está en conexidad con otros derechos fundamentales. En este sentido ha puntualizado al Corte:

El Juez de Tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda", científica y razonada por parte del juez.

El Juez está frente a lo que la doctrina denomina un "**concepto jurídico indeterminado**": los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser

o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar. (...) La labor que realiza el Juez de Tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta "teoría de la verificación" también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del Juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. "**El Juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos**"(negrilla fuera de texto).

(...) el derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo o derechos programáticos, condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los hacen posibles.

Por esto es acertado afirmar que, en principio, los derechos de segunda generación no son susceptibles de protección inmediata por vía de tutela. Situación diferente se plantea una vez las condiciones jurídico-materiales se encuentran de manera que la persona ha entrado a gozar de un derecho de esta categoría. En dado caso, el derecho constitucional materializado adquiere fuerza normativa directa y a su contenido esencial deberá extenderse la necesaria protección constitucional¹⁹.

Entiende la Corte que, en el caso concreto objeto de análisis, los accionantes tienen derecho a que se les ampare el Derecho a una Vivienda Digna, pues para acceder al crédito que les permitirá adquirir la propiedad del inmueble en el que aspiran a vivir, resulta indispensable obtener un seguro que cubra la vida de los deudores hipotecarios, de forma tal que la obtención del seguro se vuelve un medio para la consecución del fin primordial que es la obtención de la vivienda, lo cual les garantiza una vida digna.

Ahora bien, el tema de si la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación admiten que la aseguradora niegue a los accionantes el seguro solicitado, es un tema que no puede ser mirado en abstracto. Así las cosas, si bien existe una disposición legal contemplada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 100, que protege la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-1165 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

seguros y escoger sin limitación la aseguradora de su preferencia, la Corte no deja de advertir que, en este caso, los demandantes optaron por la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue esa aseguradora la que en principio estuvo dispuesta a contratar con ellos, expidiendo a su favor la póliza que protege el inmueble en caso de incendio y de terremoto, no así la póliza de vida, bajo la excusa de que son portadores de VIH.

Para la Corte, esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado Social de Derecho, fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir, bajo ningún argumento, que el ser portador asintomático de VIH sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal que así lo contemple y, de existir, dicha disposición desconocería los postulados constitucionales.

Las normas contenidas en el Código del Comercio, señalan que toda persona tiene interés asegurable en su propia vida, en la de las personas a quienes puedan legalmente reclamar alimentos y en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico, aunque este no sea susceptible de evaluación cierta (artículo 1137 del Código de Comercio). Igualmente, para tomar un seguro de vida, no es necesario realizar un examen médico, pues únicamente se exige que el tomador declare sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado de riesgo (artículo 1158 ibidem).

En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado, cual es la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuándo se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir más rápido que otra que no tenga esa condición; ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política (artículo 13). Es claro, entonces, que no hay ninguna razón que justifique la decisión, por parte de la aseguradora demandada, de no expedir

el seguro de vida solicitado por los demandantes. Si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella. De aceptar, la Corte, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional. Por ello decide la Corte amparar los derechos tutelados y, en consecuencia, ordenarle a la aseguradora que un término de 48 horas siguientes al fallo emita en condiciones de igualdad la póliza de seguro de vida solicitado por los accionantes.

Es importante recalcar en este caso, cómo la Corte Constitucional presupone que, en los casos de Contratos de Seguro, las condiciones predispuestas del contrato, por ser un contrato formulario, generan una posición dominante en cabeza de la aseguradora, la cual rompe el equilibrio prestacional del contrato y facilita la posibilidad de cláusulas abusivas, que ameritan que el Juez constitucional, en aras de lograr una igualdad efectiva frente a la ley, garantice ese derecho interpretando el alcance y límites del acuerdo de voluntades suscrito entre las partes. El principio de igualdad no impone la obligación constitucional de establecer un trato igual a todos los sujetos de derecho, o destinatarios de las normas, de una manera matemática e irrestricta, sino que reconoce la existencia de situaciones disímiles, frente a las cuales el legislador puede, válidamente, establecer consecuencias jurídicas diferentes, dentro del ejercicio de su competencia. La jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que el principio de igualdad, así entendido, exige un trato idéntico para supuestos iguales o análogos y permite una regulación distinta frente a circunstancias que presentan características diferentes, pues pretende establecer la identidad entre los iguales y la diferencia entre los desiguales. Puede existir un trato diferente siempre y cuando sea razonable y justo; si la diferenciación no es razonable o es injusta, se convierte en una forma de discriminación, efectivamente proscrita por la Constitución. Al respecto, es claro que las discriminaciones que se establecen frente a hipótesis análogas, o iguales,

quiebran el principio constitucional a la igualdad, cuando carecen de justificación.

La Corte ha reconocido así mismo, que

(...) el trato diferente para fenómenos también diversos tiene que fundarse igualmente en motivos razonables que justifiquen la diferencia, con el objeto de no eliminar de plano la igualdad, por una apreciación exagerada de características distintas. En otras palabras las divergencias de trato para fenómenos desiguales tienen que ser proporcionales a la desigualdad misma sobre la cual recaen²⁰.

CONCLUSIONES

Expuestos estos casos, que han sido escogidos por ser paradigmáticos, pero que no reducen el amplio espectro factico sobre el cual ha tenido oportunidad la Corte Constitucional de pronunciarse, pues aquí cabría mencionar otros fallos no menos importantes (así por ejemplo toda la línea jurisprudencial relativa al tema de los créditos hipotecarios en UPAC, las sentencias que han hecho mención a la obligación de los Bancos de suspender el cobro de obligaciones crediticias en los casos de deudores secuestrados y/o desplazados, la Sentencia C-364 de 2.000 sobre el principio de igualdad en relación con la regla sobre pago de intereses legales moratorios civiles e intereses legales moratorios comerciales, entre otros), se demuestra, muy claramente, que el tema del Derecho Financiero ha sido profusamente estudiado por la Corte Constitucional.

En este orden de ideas, la primera pregunta planteada relativa a si ¿El Derecho Financiero en el régimen de Derecho Colombiano está constitucionalizado?, debe ser respondida con una contundente respuesta afirmativa, sustentada en el sinnúmero de fallos que a lo largo de este escrito se han relacionado.

Un aspecto más complejo de contestar tiene que ver con la siguiente inquietud relativa a establecer ¿Cuáles son los efectos e implicaciones de dicha Constitucionalización? En este sentido podemos concluir lo siguiente:

- La Corte Constitucional ha dejado establecido de manera clara y precisa que la actividad desarrollada por los bancos y las compañías de seguros, pero por esa misma vía, y sobre la base de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, las demás actividades financieras que realizan otras entidades del sector, tienen el carácter de servicio público.
- La naturaleza de servicio público de la actividad financiera, se predica en razón de que el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, reviste interés general, pues tiene que ver con el ahorro del público.
- Igualmente, la Corte recalca que la actividad financiera lleva implícita el hecho de que la entidad prestadora del servicio adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.
- Las entidades financieras actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, el cual es la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios.
- La Corte considera que la noción de interés público que reviste la actividad financiera, por ser un servicio público, se materializa en estas premisas:
 - El acceso a la prestación del servicio público financiero es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado.
 - El concepto de interés público de la actividad financiera se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que, si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro.

²⁰ Ibid.

- En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquellos.
- Entiende la Corte que la autonomía privada dentro de un Estado Social de Derecho, como es el nuestro, presenta limitaciones y cortapisas que no pueden ser pasadas por alto por los particulares al momento de manifestar su voluntad, obligarse y desarrollar los negocios jurídicos propios de la libertad de empresa y la discrecionalidad que caracteriza el ámbito de lo privado.
- Las limitaciones que se imponen a la autonomía de la voluntad en el ejercicio de negocios jurídicos propios de la actividad financiera, generan como consecuencia, la prevalencia de los principios constitucionales consagrados en la Carta, los que priman sobre las reglas jurídicas de corte positivo previstas en los Códigos. De aquí que, frente a conflictos de índole interpretativa sobre la aplicación de una regla legal, enfrentada a un principio de rango constitucional, prevalecerá el principio constitucional.
- A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, todos los actores privados, quienes nos movemos dentro del mercado, debemos estar plenamente conscientes de que la esfera *función social* nos impone nuevas y serias obligaciones que van más allá de las propias del contrato.
- Que estamos sometidos a un régimen superior basado en la solidaridad, la equidad, la buena fe, la igualdad, pero esencialmente el respeto al derecho de los otros, un régimen que pretende ser moralmente justo y ajustado para permitir el ideal de una convivencia en donde todos quepamos y todos seamos actores principales.
- Se diferencia la problemática del abuso de posición dominante en el mercado, que es un problema puramente legal de Derecho privado, con la problemática del abuso del derecho, la restricción al ejercicio de la libertad de empresa, y la protección de derechos fundamentales, que nos ubica en la tesis de la protección horizontal de

los derechos fundamentales, sin perder de vista que normas de rango legal deberán propugnar por la eficaz promoción de la competencia.

Finalmente, la tensión entre derechos fundamentales y autonomía de la voluntad, en defensa de la libertad negocial, es un tópico que aún se mueve en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en términos claros-oscuros, líneas grises que indican el temor de la Corte por afrontar de manera expedita y sin ambages la defensa de la libertad y la igualdad por encima de la defensa del mercado. Se observan casos en los cuales la Corte ha reconocido que las actitudes de los particulares demandados son violatorias de derechos fundamentales, sin embargo tímidamente, quizá con celo excesivo en defensa de intereses colectivos o generales y la primacía de las leyes del mercado, ha ponderado la libertad negocial enfrentada al derecho fundamental, y sobre la tesis del núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego, ha estimado que no se dan las condiciones para tutelar los derechos. Menciono a título de ejemplo los casos relativos a personalidad jurídica vs. libertad contractual en relación con entidades del sector financiero; salud pública vs. libertad contractual en los casos de contratos de medicina prepagada; buena fe vs. libertad contractual en los casos de preexistencias y determinación de excluyentes de responsabilidad en contratos de seguros.

Hay, sin embargo, un peligro latente, y es el hecho de que con la mejor de las intenciones resultemos en el peor de los mundos, pues magistrados probos y honestos garantizan en un sistema principialista, decisiones razonables, coherentes y justas. Pero con esta misma herramienta, magistrados abyectos y deshonestos, tienen el camino abierto para con hábil ejercicio retórico construir fallos políticos, sesgados, parcializados, que más que impartir justicia repartan dadivas a los áulicos de turno.

BIBLIOGRAFÍA

- ACARELLI, T. (1962). *Iniciación al estudio del derecho Mercantil*. Barcelona, Cataluña, España: Casa Editorial Bosh.
- AGUILO REGLA, J. (2003). *De nuevo sobre “independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”*. Jueces para la Democracia.
- ALEXY, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- ARANGO RIVADENEIRA, R. (1994, Julio). *El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional*. *Revista de derecho Público* (5).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2006). *El derecho como argumentación*. Madrid, Madrid, España: Editorial Ariel.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (2007). *Las piezas del Derecho* (4a. Edición ed.). Barcelona, Cataluña, España: Editorial Ariel S. A.
- ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan. (1996). *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, España: Editorial Ariel S. A.
- BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los derechos* (1a. Edición ed.). (U. E. Colombia, Ed.) Bogotá D. C., Colombia.
- BERNAL PULIDO, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*. Bogotá D. C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- BOTERO MARINO, C. y. (2007). *El conflicto de las altas Cortes colombianas en torno a la tutela contra sentencias, en Estado de derecho y sentencias judiciales*. Bogotá D. C., Colombia: instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- BOURDIEU, P. (1998, Marzo). *La esencia del neoliberalismo. Le mode diplomatique*.
- BOURDIEU, P. (2010). *La miseria del mundo* (Cuarta reimpression ed.). (F. d. económica, Ed., & H. Pons, Trans.) México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- CALDERÓN VILLEGAS, J. J. (2011). *La constitucionalización del Derecho Privado* (1a Edición ed.). (E. Temis, Ed.) Bogotá D. C., Colombia: Universidad del Rosario. Universidad de Los andes.
- CARBONELL, M. y. (2007). *La globalización y el orden jurídico* (1a. Edición ed.). Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CELEMÍN CAICEDO, J. A. (2001, Mayo). *¿Por qué es necesario el concepto de eficacia horizontal para una máxima protección de los derechos fundamentales?* (L. E. A., Ed.) *Revista Tutela* (17), 955.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. (1992). *Introducción a la Constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá D. C., Colombia: Presidencia de la República. Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- CEPEDA ESPINOSA, M. J. (1993). *Los Derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá D. C., Colombia: Editorial Temis S. A.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2012). <http://www.youtube.com/watch?v=1kc2te8-Puc>. Retrieved abril 2, 2012, from www.youtube.com.
- DE VEGA GARCIA, P. (1999). *La crisis de los derechos fundamentales en el estado social*. Madrid, España: Centro de estudios Constitucionales.
- DWORKIN, R. (1984). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel Editores S. A.
- DWORKIN, R. (1992). *El imperio de la justicia* (Segunda Edición ed.). (C. Ferrari, Trans.) Barcelona, España: Editorial Gedisa S. A.
- DWORKIN, R. (2007). *La justicia con toga*. Madrid, España: Marcial Pons.
- ELY, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza*. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Siglo del hombre Editores.

- GARRIGUES, J. (1971). *Hacia un nuevo Derecho Mercantil*. Madrid, Madrid, España: Editorial Tecnos.
- GIRALDO ÁNGEL, J. (n.d.). *El choque de trenes. Sobre los sistemas de interpretación jurídica en Colombia*. (E. d. Andes, Producer) Retrieved Noviembre 11, 2011, from http://www.tribunales.colpsic.org.co/documentos/Giraldo_CDT.pdf.
- GIRALDO LÓPEZ, Alejandro. CAICEDO ESPINEL, Carlos Germán. MADRIÑÁN RIVERA, Ramón Eduardo. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor*. Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.
- HART, H. L. (1965). *El concepto de Derecho*. (G. Carrió, Trans.) Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- HART, H. L. (1978). *Independencia entre derecho y moral*. (R. Dworkin, Ed.) México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- JIMENEZ GIL, W. (2012). *Los establecimientos de comerciales y su régimen legal en Colombia: hacia una nueva concepción del régimen de establecimientos de comercio en la legislación colombiana*. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Universidad La Gran Colombia.
- JIMENEZ GIL, W. (2013, 08 8). *La fuerza expansiva de los Derechos Fundamentales en las relaciones de Derecho Privado*. Retrieved from WEB DOCENTE UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA : <http://www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20FUERZA%20EXPANSIVA%20%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>
- JULIO ESTRADA, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares* (1a. Edición ed.). Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- KELSEN, H. (1974). *Teoría Pura del Derecho*. (E. U. Aires, Ed., & M. Nilve, Trans.) Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- KELSEN, H. (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*. (P. & Paulson, Trans.) Oxford, United Kingdon: Oxford University Press.
- KENNEDY, D. (2005). *Una alternativa de la izquierda fenomenológica a la teoría de la interpretación jurídica de hart /Kelsen*. (UNAM, Ed., & I. F. Sánchez, Trans.) Mexico D. F., México, México: Unam, instituto de investigaciones jurídicas.
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2000). *El derecho de los jueces* (1a. Edición ed.). (U. d. Andes, Ed.) Bogotá D. C., Colombia: Legis Editores S. A.
- LÓPEZ MEDINA, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley*. Bogotá D. C., Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes Editorial Temis S. A.
- MADRIÑÁN, R. (1989). *Derecho Comercial*. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Editorial Temis.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (1994). *Sistemas Financieros*. Santafé de Bogotá: BIBLIOTECA FELABAN.
- MARTÍNEZ NEIRA, N. H. (2004). *Cátedra de derecho bancario colombiano* (Segunda Edición ed.). Bogotá D. C.: Legis Editores S. A.
- MARTÍNEZ, M. (2009). *La constitucionalización de la Justicia y la Autonomía judicial*. Bogotá D. C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- MONTOYA VARGAS, J. (1992). *La empresa en la Nueva Constitución*. *Revista de Derecho Privado* (10), 184.
- NARVÁEZ GARCÍA, J. I. (1984). *Introducción al Derecho Mercantil*. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Editorial Jurídicas Wilches.
- PINZÓN, G. (1985). *Introducción al Derecho Comercial*. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Editorial Temis.
- RADBRUCH, G. (1959). *Filosofía del Derecho* (4a. Edición ed.). Madrid, Madrid, España: Editorial Revista de derecho privado.

- RADBRUCH, G. (1980). Arbitrariedad legal y derecho supralegal. (A. d. Campo, Trans.) Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- RADBRUCH, G. (1997). Introducción a la filosofía del Derecho. México D. F., México: Fondo de Cultura Económica.
- RAVASSA MORENO, G. (2001). Derecho Comercial. Bienes mercantiles. Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Ediciones Gustavo Ibañez.
- RAWLS, J. (2006). Teoría de la justicia. México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- REYES VILLAMIZAR, F. (2001, noviembre). Homenaje Póstumo. *Ámbito Jurídico*, Año IV(93), p. 13.
- RIPERT, G. (1946). La regla moral en las obligaciones civiles. (L. G. Colombia, Ed., & C. V. Estrada, Trans.) Bogotá, Colombia: La Gran Colombia.
- RIPERT, G. (1954). Tratado Elemental de Derecho Comercial (Vol. I). Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina: Tipografía Editora Argentina.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, C. (2009). La globalización del Estado de derecho. (1a. Edición ed.). (CIJUS, Ed.) Bogotá D. C., Cundinamarca, Colombia: Universidad de los Andes.
- SÁCHICA, L. C. (1976). Exposición y glosa del Constitucionalismo Moderno. (E. Temis, Ed.) Bogotá D. C., Colombia.
- SÁCHICA, L. C. (2006). Derecho Constitucional Geenal (4a. Edición ed.). Bogotá D. C., Colombia: Editorial Temis.
- SARAZA JIMENO, R. (1991, Marzo 14). La crisis del derecho privado y el paso al nuevo derecho privado. *El derecho del consumo. Jueces para la Democracia*, 36-49.
- TAMAYO JARAMILLO, J. (2011). La decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica y aplicación del Derecho. Bogotá D. C., Colombia: Biblioteca Jurídica Dike.
- TAMAYO JARAMILLO, J. y. (2012). El precedente judicial en Colombia. Colombia: Universidad Javeriana. Editorial Gustavo Ibañez.
- VELÁSQUEZ RESTREPO, C. A. (1996). Instituciones de Derecho Mercantil. Medellín, Antioquia, Colombia: Biblioteca Jurídica Dike S. A.
- VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ, O. D. (2002). Nuevo Manual de Derecho Comercial. Medellín, Antioquia, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

SENTENCIAS Y PROVIDENCIAS CITADAS:

Corte Constitucional

- Sentencia C-587 de 1992 M. P. Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-134 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-083 de 1995 M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-122 de 1999 M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-383 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C-700 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia C-747 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra
- Sentencia C-364 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero
- Sentencias C-955 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia C-1140 de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo
- Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-443 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-240 de 1993 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia T-308 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia T-057 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
 - Sentencia T-219 de 2001 M. P. Fabio Morón Díaz.
 - Sentencia T-1165 de 2001 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
 - Sentencia T-578 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
 - Sentencia T-587 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 - Sentencia T-312 de 2010. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
 - Sentencia T-448 de 2010. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
 - Sentencia T-726 de 2010. M. P. Juan Carlos Henao Pérez .
 - Sentencia T-386 del 2012. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
 - Sentencia SU-157 de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- CONSEJO DE ESTADO**
- Sentencia del 21 de mayo de 1999 del H. Consejo de Estado.
 - Gaceta Constitucional 82 de mayo 25 de 1991. Página 14. Ponencia constituyente Diego Uribe Vargas.

**EL FUTURO PRÓXIMO DEL ARBITRAJE
DE INVERSIONES EN COLOMBIA***

**THE NEAR FUTURE OF INVESTMENT
ARBITRATION IN COLOMBIA**

**O FUTURO PRÓXIMO DA ARBITRAGEM
DE INVESTIMENTO NA COLOMBIA.**

**L'AVENIR DE L'ARBITRAGE
D'INVESTISSEMENTS EN COLOMBIE**

Raúl Alberto Gallardo Ciro^a

raulgallardoc@yahoo.com

Fecha de recepción: 23 de Julio 2014

Fecha de revisión: 11 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 6 de Octubre 2014

RESUMEN

Colombia no tiene una gran experiencia en el arbitraje internacional de inversiones por los conflictos surgidos entre inversionistas extranjeros y el Estado. A pesar de que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, o Convención de Washington, fue ratificada en el año de 1997, no se conoce la primera demanda contra el Estado ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención de Washington para dirimir los conflictos surgidos de una inversión. La nueva política de celebración de tratados bilaterales de inversión y de los tratados de libre comercio en nuestro país, traerá, con total seguridad, los primeros litigios ante el CIADI y otras instancias arbitrales internacionales por los conflictos entre inversionistas extranjeros y las entidades estatales. El arbitraje de inversiones

* Artículo de investigación científica y tecnológica.

a. Abogado egresado de la Universidad del Rosario. Especialización en Derecho Civil, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia. Master II en Derecho Privado General, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia. Master II en Arbitraje y Comercio Internacional, Universidad de Versalles St Quentin en Yvelines, Francia. Admitido al examen del Colegio de Abogados de París. Abogado litigante y consultor.

tiene ventajas evidentes para los inversionistas que vengan al territorio, sin embargo, también representa un peligro para el Estado colombiano si no se adoptan medidas responsables para esperar la llegada de este nuevo método de resolución de conflictos. La tendencia latinoamericana actual es la de rechazar el CIADI como Centro de organización del arbitraje internacional de inversiones, mientras que en Colombia, comenzamos a abrirle por primera vez en la historia las puertas a esta figura.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional, Inversiones, CIADI, Convención de Washington, Tratados Bilaterales de Inversión.

SOMMAIRE

La Colombie ne dispose pas d'une expérience marquante en matière d'arbitrage international d'investissement. Cela s'explique principalement par l'absence de traités d'investissement jusqu'à une époque récente. La Colombie a signé et ratifié la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats, communément dénommée la Convention de Washington, depuis 1997. Pourtant, aucune demande n'a été encore introduite au jour d'aujourd'hui contre l'Etat colombien devant le Centre de résolution des litiges spécifiquement créé par la Convention de Washington, autrement dit le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI). La nouvelle politique du gouvernement dans la négociation des traités bilatéraux d'investissements et des traités de libre-échange dans notre pays entraînera avec certitude l'introduction des premières demandes devant le CIRDI, ainsi que devant d'autres instances internationales pour les conflits futurs qui impliqueront les investisseurs étrangers et les entités étatiques. L'arbitrage d'investissement présente des avantages considérables pour les investisseurs qui souhaitent venir investir sur le territoire colombien, mais il représente également un risque pour l'Etat colombien si celui-ci ne prend pas les mesures politiques, économiques et juridiques adéquates dans le but d'accueillir dans son système ce mode alternatif de résolution des conflits. La nouvelle tendance en l'Amérique Latine consiste à rejeter la compétence du CIRDI comme Centre d'organisation des arbitrages

internationaux d'investissements alors que la Colombie tente d'ouvrir ses portes à cette alternative pour la première fois dans l'histoire.

MOTS-CLÉS

Arbitrage international, Investissement, CIRDI, Convention de Washington, Traités Bilatéraux d'Investissement.

ABSTRACT

Colombia does not have very much experience in International Investment Arbitration for disputes arising between foreign investors and States. Despite the entry into force of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States or Washington Convention since 1997, there is no precedent of a request for arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), created by the Washington Convention, to resolve disputes arising from investments. In the last years the Colombian government has celebrated and ratified several Bilateral Investment Treaties (BIT) and free trade agreements (FTA) that will bring with absolute certainty before the ICSID and others arbitral institutions the first cases for disputes between foreign investors and state entities. Investment arbitration has significant advantages for foreign investors interested in coming to Colombian territory, however it also represents a risk to the State if responsible measures are not taken in order to anticipate the new coming of the this alternative dispute resolution method. Currently the trend in Latin America is to reject ICSID as the organizational Center for Investment Arbitration while Colombia is opening the doors to Investment Arbitration for the first time in history.

KEY WORDS

International arbitration, Investment, ICSID, Washington Convention, Bilateral Investment Treaties.

RESUMO

A Colômbia não tem uma grande experiência na arbitragem de investimento internacional para disputas entre investidores estrangeiros e do Estado. Embora a Convenção para a Resolução

de Diferendos Relativos a Inversiones entre Estados e Nacionales de Otros Estados, ou Convenção de Washington, foi ratificada em 1997, o primeiro processo contra o Estado não é conhecido perante o Centro Internacional para a Resolução de Disputas relativas ao Investimento (ICSID), estabelecido pela Convenção de Washington para resolução de litígios decorrentes de um investimento. A nova política de tratados bilaterais de investimentos e de livre comércio em nosso país, trará toda a segurança, os primeiros casos perante o ICSID e outros processos de arbitragem internacional para disputas entre investidores estrangeiros e entidades estaduais. Arbitragem de investimento tem vantagens claras para os investidores que vêm para o território, no entanto, também representa um perigo para o Estado colombiano se medidas responsáveis não forem tomadas para aguardar a chegada deste novo método de resolução de conflitos. A tendência atual da América Latina está a rejeitar o ICSID como centro da organização de arbitragem internacional de investimento, enquanto na Colômbia, começamos a abrir pela primeira vez na história as portas a esta figura.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem internacional, investimentos, ICSID, Convenção de Washington, Tratados de investimento bilaterais.

METODOLOGÍA

La investigación de corte teórico, se realizó a través de fuentes directas de artículos que se encuentran en bases de datos internacionales, libros sobre la materia, artículos de prensa y documentos disponibles en internet.

RESULTADOS

Se requiere de una verdadera conciencia institucional del Estado colombiano para que sus Entidades conozcan las ventajas y desventajas del sistema al momento de adelantar contrataciones. De la misma manera el inversionista colombiano debe conocer las posibilidades que ofrece el sistema entre los países que han celebrado tratados de inversión. La aplicación de un sistema desconocido para la mayoría del ámbito jurídico colombiano traerá sin lugar a dudas choques inevitables con las instituciones jurídicas internas.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones se acerca, cada vez más rápido, al territorio colombiano. Esto no significa que sea totalmente desconocido para el país, o que se aproxime para destruir todo a su paso. Lo que resulta cierto es que al parecer no se le da la importancia que merece. Este tipo de arbitraje va a llegar y sus consecuencias podrían superar cualquier expectativa. Pero entonces, ¿por qué el desconocimiento de tal arbitraje en nuestra práctica jurídica colombiana? La razón es sencilla: La ausencia hasta hace pocos años de tratados de libre comercio o de tratados bilaterales de inversión concluidos por Colombia.

La globalización y la búsqueda de mercados extranjeros por parte de los inversionistas han propiciado la negociación de tratados entre Estados, con el fin de proteger a los inversionistas de potenciales vulneraciones en el país receptor de la inversión. De esta manera se llegó a la celebración de tratados bilaterales de inversión (TBI) y de tratados de libre comercio (TLC), que en muchos casos incluyen capítulos destinados a la inversión. Con el paso del tiempo, los conflictos entre inversionistas extranjeros y entidades estatales comenzaron a ser resueltos por tribunales de arbitraje internacional de inversiones, y esto impulsado, en gran medida, por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, o Convención de Washington, de 1965 que entró en vigor en Colombia el 14 de agosto de 1997, y que propició la creación del CIADI o Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones¹.

¿Por qué no se conoce de diferendos entre inversionistas extranjeros y el Estado Colombiano resueltos por tribunales de inversiones bajo las reglas del CIADI? La respuesta se encuentra en el consentimiento que las partes deben proporcionar en caso de conflicto para darle competencia a este tribunal. El hecho de ratificar la Convención de Washington no implica, por sí mismo, un consentimiento expreso de Colombia para acudir

¹ *Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de 1965. Al 18 de junio de 2013, la Convención de Washington cuenta con 158 Estados signatarios, de los cuales, 148 han ratificado, aceptado o aprobado la Convención.* https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=Memb erStates_Home

al arbitraje de inversiones. El consentimiento del Estado debe encontrarse, a su vez, en una ley, en un acuerdo entre las partes, o en un tratado, para que se pueda entender que ha aceptado la jurisdicción del tribunal internacional. La nueva tendencia del gobierno colombiano sobre suscripción de tratados con distintos países va a tener como consecuencia necesaria los primeros arbitrajes internacionales de inversión para este país suramericano con base en la violación de un tratado.

¿Es esto conveniente? El arbitraje de inversiones tiene sus ventajas y no debe, necesariamente, descartarse como un método de resolución de conflictos, pero existen evidentes riesgos que el Estado Colombiano debe sopesar. Además, se requiere de una buena organización interna, para que los entes estatales sean conscientes de las obligaciones internacionales contraídas por Colombia.

El arbitraje de inversiones ha sido anunciado como un arbitraje encargado de defender los derechos de los inversionistas extranjeros, aunque es al mismo tiempo un arbitraje que protege los derechos de los Estados receptores de la inversión, depositario de la confianza de las partes. A pesar de esto, los cuestionamientos al sistema no se han hecho esperar.

Llega un nuevo arbitraje a Colombia para los conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros que requiere un examen de su origen y virtudes **(1)**. No obstante, los operadores jurídicos deben ser conscientes de las consecuencias de lo que se avecina. El arbitraje de inversiones necesita replantearse, con el único objetivo de que reviva con más fuerza, que sea más justo, más real. Como toda creación humana, tiene sus flaquezas, debilidades que deben denunciarse para corregirse, o tan solo para estar lo mejor preparados que se pueda **(2)**.

1. El desarrollo de un nuevo arbitraje en Colombia para los conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros

En Colombia estamos acostumbrados al arbitraje nacional, ya sea comercial o estatal. El primero se refiere al arbitraje pactado en caso de conflicto entre particulares y el segundo, al arbitraje en el que se inmiscuye una persona de derecho público. También se conoce el arbitraje

comercial internacional, que en Colombia no ha sido muy frecuente dada la incertidumbre que reina en nuestra tradición jurídica alrededor de la figura, y el temor de entregar la resolución de conflictos a un tribunal de arbitraje internacional. Pese a ello, podría pensarse que la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional en Colombia, incentivará un mayor número de arbitrajes comerciales internacionales, pero eso está por verse. Por último, tenemos el arbitraje internacional de inversiones, el cual no ha tenido un gran desarrollo en Colombia y del cual nos ocuparemos en este escrito.

Para entender las implicaciones del arbitraje de inversiones es necesario: **(1)** repasar su origen; **(2)** Acto seguido, entender por qué se ha hablado de un nuevo salvador y las ventajas que representa en nuestro días concluir tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio que incluyen capítulos de inversión y en donde se contempla el arbitraje internacional de inversiones.

1.1 El origen del arbitraje de inversiones en los conflictos entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión

Los conflictos entre Estados e inversionistas extranjeros son tan antiguos como las operaciones comerciales sobre las cuales se fundamentan, asimismo los métodos de resolución de conflictos en caso de diferendo. A pesar de esto el arbitraje internacional de inversiones no ha sido siempre el método preferido para llegar a un acuerdo que ponga fin a la disputa. En la evolución misma de la resolución de controversias internacionales se encuentra el origen de los tratados de inversión y del arbitraje de inversión.

1.1.2 El nacimiento de una nueva clase de arbitraje: El arbitraje de inversiones

El arbitraje internacional de inversiones constituye una clase distinta del arbitraje que conocemos, creado, hace muchas décadas, producto de la guerra de fuerzas entre los países desarrollados y las economías en vía de desarrollo². En efecto,

2 El banco mundial realiza una clasificación de las economías basada en el ingreso nacional bruto per cápita. Según esto, cada economía se clasifica como de ingreso bajo, ingreso mediano (que se subdivide en mediano bajo y mediano alto) o ingreso alto. El banco mundial realiza una tabla que es actualizada cada año. En el siguiente link se puede encontrar la última clasificación de países disponible en la página oficial del banco mundial: <http://>

existen muchas historias que dan cuenta de discusiones diplomáticas que llegaban, muchas veces, hasta los enfrentamientos armados entre naciones. Hasta hace más de un siglo, en caso de conflicto, el inversionista buscaba la intervención de su gobierno, dando como resultado el envío por éste de unos emisarios muy “*simpáticos y amistosos*” que colocaban sus navíos de guerra en las fronteras del Estado receptor de la inversión hasta que la obligación contractual fuera ejecutada³.

Con el tiempo se fue superando este juego de “batalla naval” y el tratamiento a favor del inversionista extranjero fue cada vez mayor, ganando terreno ante los propios intereses de los nacionales de los países receptores de la inversión. La posición desventajosa de los países en vía de desarrollo, trajo como consecuencia que los doctrinantes propusieran soluciones para el reequilibrio de fuerzas. De esta manera se llegó a la doctrina Calvo en Latinoamérica, creada por el jurista Carlos Calvo, según la cual, un extranjero no podía esperar tener un mejor tratamiento, ni uno diferente, al de los propios nacionales. Los extranjeros debían someterse a la jurisdicción local, evitando las presiones que resultaban de los juegos diplomáticos y el poder desbordado de algunos países⁴. Ya no era el temor del uso de las armas lo que determinaría la contienda. La diplomacia por la fuerza empezó a desaparecer con la Convención para la Resolución Pacífica de Disputas Internacionales, celebrada en la Haya en 1907, dando paso a una nueva era, en la cual la protección diplomática y el arbitraje serían el nuevo método de resolución de conflictos⁵.

La Doctrina Calvo no fue de total agrado de las potencias económicas mundiales, y de sus inversionistas, y la arremetida no se hizo esperar. Poco a poco se construyó un sistema de tratados que permitiría un acceso directo a los métodos de solución de conflictos en tribunales internacionales, alejándose así de las

jurisdicciones nacionales, consideradas poco atractivas, atendiendo la duración de los procesos, la influencia del propio Estado receptor de la inversión sobre sus jueces, y la supuesta tendencia del juez a proteger los intereses de su país de origen.

La creación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocida como Convención de New York de 1958⁶, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, o Convenio de Washington, de 1965⁷ y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, o Convención de Panamá, de 1975⁸ servirían de base para la adopción del arbitraje internacional como nuevo método de resolución de conflictos comerciales y de inversiones en el ámbito internacional. En el caso del arbitraje internacional de inversiones, es la Convención de Washington la que tiene mayor importancia. Dejemos claro algo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado como consecuencia de la Convención de Washington y encargado de administrar los arbitrajes bajo la Convención, no es el único escenario para el arbitraje de inversiones. La CCI, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya, los arbitrajes bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), entre otros, también conocen de este tipo de contencioso. Sin embargo el CIADI concentra una gran parte del litigio, debido a la regulación completamente autónoma de la Convención de Washington, desprovista de cualquier interferencia de los derechos o corte locales y las facilidades de ejecución del laudo arbitral bajo la Convención de Washington⁹.

La Convención de Washington de 1965 fue redactada a instancias del Banco Mundial para promover la inversión extranjera en los países

data.worldbank.org/about/country-classifications/country-and-lending-groups

3 BURGOS-DE LA OSSA, María Angélica & LOZADA-PIMIENTO, Nicolás. (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión. EN: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, p. 246. Ver igualmente: BLACKABY, Nigel. (2005). *El Contrato de Arbitraje*. EN: *Legis (Ed.), El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio*. Colombia. p. 285.

4 BLACKABY, Nigel. *Op. cit.*, p. 286.

5 *Ibid.*, p. 287.

6 La Convención de New York entró en vigor en Colombia el 24 de diciembre de 1979.

7 El Convenio o Convención de Washington entró en vigor en Colombia el 14 de agosto de 1997.

8 La Convención de Panamá fue ratificada por Colombia el 29 de diciembre de 1986.

9 BERNARDINI, Piero. (2009). *Liber Amicorum Bernardo Cremades. ICSID Versus NON-ICSID Investment Treaty Arbitration*. EN: M.A. Fernández-Ballesteros y D. Arias, *La Ley (Ed.)*.

en desarrollo, siendo completamente autónoma respecto de los sistemas legales nacionales. El logro más importante consistió en crear una instancia en la que los inversionistas pudieran demandar directamente a los Estados extranjeros. El Convenio impide a los Estados ejercer la protección diplomática cuando el litigio ya ha sido sometido al Centro. Solo autoriza su intervención en la fase de ejecución si el Estado perdedor no quiere cumplir el fallo arbitral. La Convención se aplica a los litigios surgidos directamente de la inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante, e igualmente que las partes hayan consentido por escrito someterlo al CIADI. Este consentimiento es el eje central de la interferencia del CIADI, la sola firma del Convenio no es suficiente, el consentimiento debe constar por escrito y de manera separada. Sin embargo, el consentimiento puede estar contenido en un Acuerdo Bilateral de Inversión, caso en el cual el acuerdo se entiende perfeccionado cuando el nacional de una de las partes impetra su solicitud de arbitraje.

Con relación al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, los artículos 53, 54 y 55 de la Convención de Washington son *lex specialis* respecto de la Convención de Nueva York por tanto la Convención de Washington se aplica sin consideración a la Convención de Nueva York¹⁰.

Los casos de arbitraje ante el CIADI se han incrementado exponencialmente y Colombia seguramente hará parte de estas estadísticas. Entre 1972 y 1996 se registraron un total de 38 casos ante el CIADI. A partir de 1997 comenzó a explotar el número de casos a tal punto que entre 1997 y diciembre de 2012 se registraron 381 ante este Centro¹¹.

1.1.3 Un nuevo arbitraje en territorio colombiano

Antes de la llegada de los tratados de inversión, los inversionistas solo podían protegerse a través

10 JANA LINETSKY, Andrés & KLEIN KRANENBERG, Johanna. (2008). *La convención de Nueva York y el CIADI Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Washington*. EN: Abeledo Perrot (Ed.). *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Tawil, Guido Santiago & Zuleta, Eduardo. Buenos Aires, p. 675

11 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-. *Carga de Casos del CIADI-Estadísticas. Edición 2013-1*.

del derecho internacional consuetudinario del estándar mínimo de tratamiento y la regla conocida como “Hull rule” para los casos de expropiación y la reparación pronta, adecuada y efectiva¹². El primer tratado bilateral de inversión fue firmado entre Alemania con Pakistán en 1959¹³. A partir de este momento comenzó un nuevo movimiento de inclusión, en estos tratados, de métodos alternativos de resolución de conflictos para llevar el contencioso entre inversionistas de un Estado y el otro Estado parte, ante tribunales internacionales. En el caso latinoamericano, hasta 1989, tan solo Panamá y Belice habían aprobado el arbitraje como método de resolución de conflictos obligatorio en los litigios entre inversionistas extranjeros y Estados con base en un tratado. En 2005 la suma ascendió a 10 países (Uruguay, Bolivia, Argentina, Paraguay, Perú, Venezuela, Chile, México, Ecuador, y Nicaragua)¹⁴. Para 2013 ya existían registros de tratados de inversión en Guyana, Surinam, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Colombia en donde se contempla el arbitraje¹⁵.

Hoy en día existen en el mundo más de 3000 tratados, ya sea de inversión o de libre comercio, que incluyen capítulos de inversión, o acuerdos multilaterales¹⁶ y en donde se ve, en su gran mayoría, cláusulas de resolución de conflictos a favor de tribunales internacionales de inversión.

Los tratados de inversión son la plataforma ideal para el arbitraje internacional de inversiones. Esta es la razón por la cual Colombia presenciara los primeros arbitrajes de inversión ante el CIADI, y otras instituciones, al entenderse incluido su consentimiento en los tratados suscritos. El consentimiento del Estado debe existir

12 NEUMAYER, Eric & SPESS, Laura. (2005). *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*. EN: *London School of Economics and Political Science, UK*, p. 1570.

13 *Ibid.*, p. 1569.

14 VAN HARTEN, Gus. (2010). *Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion*. EN: *Trade, Law and Development*. Vol. 2, No 1, p. 25.

15 *United Nations Conference on Trade and Development*. <http://unctad.org/en/Pages/AboutUs.aspx>

16 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. (2012). *Capítulo II, Controversias relacionadas con tratados de inversión, Un gran negocio para la industria del arbitraje*. EN: Helen Burley (Ed.). *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Bruselas-Amsterdam, p.14.

posteriormente en una ley, en un contrato o en un tratado de libre comercio o de inversión¹⁷.

El artículo 25 (1) de la Convención de Washington dispone que:

La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

En Colombia, el inversionista extranjero no poseía herramientas para buscar la constitución de un tribunal de arbitraje bajo el CIADI, a no ser que fuera directamente pactado en un contrato. Los recientes acuerdos comerciales y de inversión adelantados por el gobierno colombiano, tendrán como consecuencia la aparición de arbitrajes internacionales de inversión entre las entidades estatales y los inversionistas extranjeros¹⁸. Se repasarán cuáles instituciones de arbitraje han sido pactadas en los principales instrumentos que se encuentran suscritos, o que han entrando en vigor, hasta el día de hoy en nuestro país¹⁹. Esto permite que el lector se percate de que en realidad

el CIADI se encuentra incluido, en gran parte, de los tratados suscritos por Colombia como uno de los métodos de resolución de conflictos, y que no es la excepción a la regla. Basta con señalar que la gran mayoría de tratados prevén el agotamiento de ciertos recursos antes de acudir al arbitraje, ya sea negociaciones previas con las autoridades o periodos de *cooling off*, notificaciones sobre la existencia del conflicto por un periodo de tiempo determinado antes de acudir al arbitraje, o en ciertos casos el agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos del Estado receptor de la inversión, antes de activar un arbitraje de inversiones. Por cuestiones metodológicas nos limitaremos a enunciar los principales métodos de resolución de conflictos en cada uno de los tratados de inversión, o que contiene un capítulo de inversión, sin considerar los requisitos previos propios a cada uno²⁰, esto permitirá entender que el arbitraje de inversiones en Colombia es una realidad y no una ficción limitada al ámbito académico.

Acuerdos Vigentes

El Tratado de libre comercio (TLC) entre Estados Unidos y Colombia²¹ contiene un capítulo X dedicado a la inversión, el cual contempla en la Sección B, los métodos de resolución de controversias. El numeral 10.16 (3) contiene una cláusula de elección múltiple para acudir al arbitraje a favor del inversionista: (i) de conformidad con el Convenio CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que, tanto el demandado como la Parte del demandante, sean partes del Convenio del CIADI; (ii) acudir de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI²²; (iii) acudir de conformidad con las Reglas

17 VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. (2011). *Debates en torno al consentimiento al acuerdo arbitral por el Estado en el arbitraje internacional de inversiones*. EN: Grupo Editorial Ibáñez (Ed.). *Tratado de Derecho Arbitral*. Bogotá, 2011, p. 442 a 445.

18 US. Embassy – Bogotá Colombia. (2011). *An Overview of Arbitration in Colombia for U.S. Companies*. Council of American Enterprises Colombian American Chamber of Commerce, p.9. Disponible en: http://export.gov/colombia/static/Report%20-%20Arbitration%20in%20Colombia%20-%20final%206-1-11_Latest_eg_co_033097.pdf

19 La validez de los tratados depende del derecho interno de cada Estado. En Colombia, el poder ejecutivo, a través del Presidente de la República, junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, procede a la negociación del instrumento y concluye con la adopción de un texto (art. 189, n° 2. C.P.). La Rama Legislativa aprueba o desaprueba el tratado sometiéndolo a consideración mediante ley, sancionada luego por el Presidente de la República (Arts. 154. 150 n° 16. 19, literales b, c, C.P.). Además de esto, la Corte Constitucional tiene que pronunciarse sobre la exequibilidad del tratado y de la ley aprobatoria (Control previo de constitucionalidad Art.241, n° 10. C.P.) Una vez declarado exequible, el Presidente de la República procede a la ratificación del tratado. ORJUELA, Carlos García. *Senador de la República de Colombia. Ponencia presentada al Congreso durante los debates sobre el tratado de libre comercio*. (2005). *Competencias del Congreso de la República en Materia de Tratados Internacionales Procedimiento y Características de la Aprobación de Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*.

20 La información que se incluye a continuación toma en cuenta los tratados suscritos o entrados en vigor en Colombia hasta junio de 2013 tomando como base la información suministrada en la página de internet del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y la página de la Cancillería del Ministerio de Relaciones Exteriores.

21 TLC Estados Unidos-Colombia. El proceso de incorporación a la legislación interna colombiana se surtió mediante la aprobación de la Ley 1143 2007 por el Congreso colombiano, y se complementó mediante Sentencia C-750/08 de la Corte Constitucional mediante la cual el Acuerdo y la citada ley se encontraron acordes al ordenamiento constitucional del país. El proceso culminó con la publicación del Decreto 993 del 15 de mayo de 2012, mediante el cual se promulgó el 'Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América', sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos". <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853>

22 Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

de Arbitraje de la CNUDMI o; (iv) si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualquiera otras reglas de arbitraje²³.

El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia²⁴, y el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá²⁵, contienen un capítulo dedicado a la inversión en donde el inversionista puede escoger entre: (i) el arbitraje CIADI, de conformidad con las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI; (ii) el arbitraje de conformidad con las

Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y, (iii) arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

El Tratado de Libre Comercio entre Colombia, El Salvador, Guatemala y Honduras²⁶; el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia²⁷; y el Convenio sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre Colombia y Perú²⁸ contienen un capítulo de inversión en donde el inversionista puede escoger en caso de conflicto entre: (i) un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas del CNUDMI, (ii) el arbitraje CIADI, (iii) el arbitraje de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI y, (iv) un tribunal de arbitraje bajo otra institución de arbitraje o bajo otras reglas de arbitraje, acordadas por las partes.

El Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia²⁹; el Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular de China³⁰; y el

Adoptado el 27/9/1978 por el Consejo Administrativo del CIADI. Introducción "El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria".

23 Un estudio de la embajada americana señala que la celebración de tratados de inversión y de tratados de libre comercio en Colombia incrementará los arbitrajes internacionales de inversión. Por regla general, el ejercicio de los poderes excepcionales del Estado no pueden ser sometidos a arbitraje. Sin embargo, el ejercicio de estos poderes podría ser considerado como una violación a los términos del tratado dándole competencia al tribunal internacional para pronunciarse sobre ellos. US. Embassy - Bogotá Colombia. Op. cit., p.9.

24 El TLC México-Colombia-Venezuela se firmó el 13 de junio de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1995, mediante la Ley de la República de Colombia No. 172 de 1994. Venezuela presentó formalmente la denuncia al Acuerdo en mayo de 2006, la cual surtiría efecto a los 180 días de la notificación a las Partes y a la Secretaría General. En el momento de entrar en vigencia el tratado en Colombia, Colombia no hacía parte de la Convención de Washington. Mirar artículo 17-18. <https://www.mincomercio.gov.co/mincomercioexterior/publicaciones.php?id=1847>. Nota: México no hace parte de la Convención de Washington.

25 El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, sus cartas adjuntas y sus entendimientos fueron suscritos en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y "el canje de notas que corrige el acuerdo de libre comercio entre Colombia y Canadá" el 18 y 20 de febrero de 2010. El acuerdo fue aprobado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009 por el Congreso colombiano. El proceso de incorporación a la legislación interna colombiana se complementó el 24 de julio de 2010, cuando la Corte Constitucional mediante sentencia C-608/10 encontró acorde al ordenamiento constitucional del país a este Acuerdo, así como la Ley 1363 de 2009, aprobatoria del mismo. De igual manera el acuerdo fue aprobado en consenso por el parlamento canadiense el 21 de junio de 2010, y posteriormente firmado por la gobernadora general de este país. El acuerdo entró en vigor el 15 de agosto de 2011. Mirar artículo 822. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=16157>

26 El TLC Colombia-El Salvador-Guatemala-Honduras fue firmado el 9 de agosto de 2007 en Medellín Colombia, radicado en el Congreso colombiano en febrero 20 de 2008 quien lo ratificó el 3 de junio. Obtuvo sanción presidencial el 30 de julio de 2008 con Ley 1241. Fue declarado exequible por la Corte Constitucional, el 8 de julio con Sentencia C-446 de 2009, que se notificó el 23 de septiembre de 2009. Mirar artículo 12.18. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14515>

27 Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia. El Acuerdo de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Colombia y la República de Chile, suscrito el 27 de noviembre de 2006, entró en vigor el 8 de mayo de 2009. El Acuerdo de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Colombia constituye un Protocolo Adicional al Acuerdo de Complementación Económica ACE No. 24 suscrito entre Colombia y Chile, el 6 de diciembre de 1993. Derivado del ACE No. 24 en desarrollo a lo establecido en el artículo 20, Capítulo X, Colombia y Chile suscribieron el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, el 20 de enero de 2000. Mirar artículo 9.16. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=5398>

28 El Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de inversiones entre Perú y Colombia entró en vigencia el 30 de diciembre de 2010. Sentencia de Constitucionalidad C-008 de 1997 y C-961 de 2003. Mirar artículo 20. http://unctad.org/Sections/dite_pccb/docs/bits_colombia.pdf

29 Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones entró en vigencia el 22 de septiembre de 2007. Sentencia de Constitucionalidad C-309 de 2007. Mirar artículo 10. <https://www.mincomercio.gov.co/mincomercioexterior/publicaciones.php?id=1847>

30 Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular de China. Firmado en Lima, Perú, el 22 de noviembre de 2008. Aprobado por la Ley 1462 DE 2011 y entró en vigor el 2 de julio de 2012. Ver Sentencia C-199 de 2012. Mirar artículo 9. <http://www.unctadxi.org/templates/>

Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre Colombia y la República de la India³¹, prevén que en caso de controversia, y bajo el respeto de otras reglas propias a cada uno de estos Acuerdos, podrá someterse, a elección del inversionista a: (i) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; (ii) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o (iii) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, cuando ambos Estado hagan parte del Acuerdo; (iv) en caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI. En el caso del Acuerdo con China no se hace mención expresa a la CNUDMI. En el caso de India, se prevé adicionalmente la posibilidad de conciliación bajo las reglas de la CNUDMI.

El Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de inversiones entre la Confederación Suiza y Colombia³² prevé, en el artículo 11, la Resolución de Disputas entre una Parte y un Inversionista de la otra Parte. En caso de conflicto, el inversionista tendrá la opción de escoger entre: (i) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, (b) un tribunal ad-hoc que, a menos que exista un acuerdo distinto entre las partes de la disputa, deberá establecerse bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)."

[DocSearch.aspx?id=779](#)

31 Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre Colombia y la República de la India suscrito en la ciudad de Nueva Delhi, el día 10 de noviembre de 2009, entró en vigor el 2 de julio de 2012. Mirar artículo 9. <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>

32 Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de inversiones entre la Confederación Suiza y Colombia entró en vigor el 6 de octubre de 2009. Sentencia de Constitucionalidad C-150 de 2009. <https://www.mincomercio.gov.co/mincomercioexterior/publicaciones.php?id=1847>

ACUERDOS SUSCRITOS

El Acuerdo de Libre Comercio suscrito entre Colombia y la República de Corea contempla la manera de presentar una reclamación en caso de conflicto. El Acuerdo prevé que la demanda podrá ser presentada, a elección del inversionista ante:

- (a) cualquier tribunal competente o tribunal administrativo de la Parte contendiente; o
- (b) arbitraje de conformidad con esta Sección bajo: (i) el Convenio del CIADI, si el Convenio del CIADI está disponible; (ii) el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, si el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI está disponible; (iii) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o (iv) si así lo acuerdan ambas partes contendientes, cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualquier otras reglas de arbitraje³³.

El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino Unido y Colombia³⁴; el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones entre Japón y Colombia³⁵; el Acuerdo entre Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones³⁶; y el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica³⁷, tienen en común que el inversionista

33 Acuerdo entre Colombia y la República de Corea suscrito el 21 de febrero de 2013. En aprobación de congreso. Mirar artículo 8.18. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6421>

34 Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino Unido Gran Bretaña e Irlanda del norte y la República de Colombia. APPRI firmado el 17 de Marzo de 2010. Presentado al Congreso. Proyecto de Ley 253 de 2010 (Senado). Ley 1464 de 2011. Aprobado Corte Constitucional C-169 de 2012. De acuerdo con nuevo reglamento de la UE, Reino Unido solicitó autorización a la Comisión para implementar el APPRI con Colombia en enero de 2013, la Comisión tiene 6 meses para pronunciarse. Mirar artículo IX. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6421>

35 Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones entre Japón y Colombia. Negociación finalizada en diciembre de 2010 en Washington D.C. Suscrito el 12 de septiembre de 2011. Se presentó al congreso en la primera semana de septiembre de 2012. Fue probado en primer debate Comisión II Senado. Pendiente Plenaria de Senado. Mirar Capítulo III, artículo 27 (5) http://unctad.org/Sections/dite_pcbh/docs/bits_colombia.pdf y <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6421>

36 Acuerdo entre Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. Firmado en Bruselas, Bélgica el 4 de febrero de 2009 y en trámite legislativo en el Congreso de la República. Mirar artículo XII. <http://www.cancilleria.gov.co/footer/juridicainternacional/tratados/inversion/suscritos>

37 Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica. Las negociaciones para un TLC con

puede referir la controversia, a su elección, a: (i) El CIADI; (ii) el Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos; (iii) un tribunal de arbitraje de conformidad con las Reglas de la CNUDMI. En el caso del Acuerdo con el Reino Unido se encuentra adicionalmente: (i) un tribunal conformado de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la institución de arbitraje de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o (ii) la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En el caso del Acuerdo con Japón y el de Costa Rica se encuentra, además, cualquier arbitraje de acuerdo con otras reglas de arbitraje, incluyendo una institución de arbitraje ad hoc. Finalmente, en el caso del Acuerdo con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa, encontramos adicionalmente a la CCI o un tribunal de arbitramento del Centro de conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Respecto del Acuerdo Comercial suscrito entre la Unión Europea, Colombia y Perú³⁸, el Acuerdo no prevé el método de resolución de conflictos para los inversionistas en caso de violaciones al Acuerdo, pero contempla la creación de un "Comité de Comercio" y la conformación de lo que denomina un "Grupo Arbitral" en caso de conflicto entre las partes contratantes del Acuerdo³⁹. El Comité de Comercio está regulado en el Título II y estará compuesto por representantes de la Parte UE, y representantes de cada País Andino signatario y tiene entre sus funciones: Adoptar las Reglas de Procedimiento y el Código de Conducta para los árbitros, establecer la remuneración y los gastos que se pagarán a los árbitros, recibir copia de la comunicación de inicio de consultas en caso de conflicto, recibir igualmente la solicitud de establecimiento del grupo arbitral, y cumplir, de

Costa Rica iniciaron a finales de junio de 2012. El Acuerdo se suscribió el 22 de mayo de 2013. Mirar artículo 12.17. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=3432> y <https://www.mincomercio.gov.co/publicaciones.php?id=6584>

38 Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea suscrito el 26 de junio de 2012. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6421>

39 Los inversionistas no entrarían en la definición de "Parte" del Acuerdo. Según el artículo 6 del Acuerdo se entiende por "Parte" la Unión Europea o sus Estados Miembros o la Unión Europea y sus Estados Miembros en el marco de sus respectivos ámbitos de competencia derivados del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, o cada uno de los Países Andinos signatarios;... - «Partes» significa, por un lado, la Parte UE y, por otro lado, cada uno de los Países Andinos signatarios.

manera general, las funciones de organización y administración del procedimiento arbitral.

Además de los acuerdos suscritos y los acuerdos vigentes, Colombia está en proceso de negociación para la conclusión de más acuerdos con Panamá, Turquía, Japón⁴⁰, Israel, Rusia y la Alianza del Pacífico. Sin lugar a dudas el arbitraje internacional de inversiones llega a Colombia, sin embargo, las ventajas e inconvenientes de este nuevo sistema tienen que sopesarse para entender el verdadero impacto en la realidad jurídica nacional.

1.2 Las ventajas para Colombia de los tratados y el arbitraje de inversiones

La celebración de tratados se ha impuesto como un nuevo método para los países en desarrollo para atraer inversión extranjera sobre el territorio gracias a los estándares de protección acordados a los inversionistas. El arbitraje, comprendido en la mayoría de los textos de estos instrumentos internacionales, es una garantía más a favor de los inversionistas, como mínimo de seguridad sobre la inversión en el territorio en caso de violación a los términos pactados. No se pretende tratar la totalidad de ventajas de los tratados y del arbitraje de inversiones, sino dar una visión general de las virtudes que le han sido atribuidas.

1.2.1 Las ventajas proporcionadas por los tratados

La seguridad jurídica, que proporciona los tratados, incentivaría a los inversionistas a invertir en el Estado receptor de la inversión al crearse un "ambiente de inversión favorable". El solo hecho de que se contemplen métodos eficaces de solución de conflictos, y no necesariamente su uso, incentivaría la inversión⁴¹. Existen muchas discusiones sobre la verdadera relación entre tratados de inversión y el aumento de la inversión extranjera en el país receptor de la inversión. En 1997, el Profesor Andrew Guzman ponía en duda los verdaderos efectos de la celebración

40 Acuerdo de Asociación Económica entre Colombia y Japón. Las negociaciones para un AAE con Japón iniciaron formalmente en diciembre de 2012, previo a lo cual ambos países adelantaron un estudio conjunto sobre la posibilidad de adelantar dicho proceso. <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=3965>

41 Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. New York y Ginebra. (2003). United Nations Conference on Trade and Development, p. 16-17.

de tratados en el crecimiento de la inversión extranjera en los países “*menos desarrollados*”. De esta forma señaló que los tratados incrementan la eficacia y reducen el costo de la inversión extranjera, pero eso no significa que traigan beneficios a los países en desarrollo, considerados como grupo. El hecho de que un país en desarrollo celebre un tratado implica que otros países en desarrollo pierdan inversión. La lucha separada de los países en desarrollo termina por disminuir la rentabilidad de la inversión del conjunto de países desarrollados, por lo cual estos deberían dejar de concluir tratados y de competir el uno contra el otro⁴².

En junio del 2003 un estudio de Mary Hallward-Driemeier, del Banco Mundial, llegó a la conclusión de que los tratados de inversión por sí solos no incentivan la inversión. Las circunstancias internas del país cuentan también, si las instituciones estatales a nivel interno son débiles, el inversionista no va a querer venir al Estado, aunque exista un tratado de inversión. Existen costos que muchas veces no son evaluados, prudentemente, por los gobiernos después de la firma de un tratado y que tienen que ver con los montos de las eventuales demandas contra el Estado ante un tribunal internacional: lo cual puede representar la dificultad en el cambio de políticas públicas futuras, que pueden traducirse en demandas para el Estado sobre la base de la violación de un tratado⁴³. En el mismo año Jennifer Tobin y Susan Rose-Ackerman publicaron otro estudio y la conclusión fue parcial. En la celebración de tratados los inversionistas extranjeros pueden percibir que el riesgo de inversión es inferior y que la protección es más fuerte. Cuando en los Estados receptores la inversión es tan solo relativamente riesgosa, los tratados traen más inversión. Respecto de los inversionistas locales o nacionales, de manera general, parece existir una relación positiva entre los tratados de inversión y la inversión privada local, los derechos concedidos a los extranjeros no parecen en realidad afectar de manera importante las inversiones locales. Los autores concluyen diciendo que, de todas maneras, la relación entre

los tratados y la inversión extranjera resulta “*débil*”⁴⁴.

Por el contrario, Eric Neumayer y Laura Spess concluyeron en el 2005, que los tratados de inversión entre países en desarrollo y desarrollados sí incrementan la inversión. Después de realizar algunas críticas a otros estudios, entre los cuales están los de Hallward-Driemeier, Jennifer Tobin y Susan Rose-Ackerman⁴⁵, afirman que los países en desarrollo que firman tratados de inversión reciben mayores flujos de inversión extranjera. Los autores señalan que los tratados sirven como sustitutos a la pobre calidad institucional del país receptor. Asimismo, los tratados pueden no incrementar los flujos de inversión extranjera cuando los riesgos en el país receptor son altos, pero eso no significa que, por eso, los tratados se traduzcan en una disminución del flujo de inversión. No obstante, es incierto si la mayor inversión extranjera compensa los mayores costos substanciales en que se incurren en la negociación: firma, conclusión de tratados, así como las estrictas obligaciones contraídas y contenidas en estos instrumentos⁴⁶.

Un estudio de 2011 de Mudziviri Nziramasanga, Frederick S. Inaba y Sanatan Shreyay señala, entre otras variables, que la conclusión de tratados

42 GUZMAN, Andrew T. (1997-1998). *Why LDC's Sign Treaties That Hurt Them : Explaining The Popularity Of Bilateral Investment Treaties*. EN: *Berkeley Law*. 38 VA J. Int'l L. 639.

43 HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. (2003). *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. EN: *World Bank, DECRG*.

44 TOBIN, Jennifer & ROSE-ACKERMAN, Susan. (2003 y 2005). *Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties*. *The William Davidson Institute at the University of Michigan Business School. Working Paper Number 587*. Noviembre 13 de 2003 (actualizada el 3 de enero de 2005), p. 12 y ss. El primero de junio de 2006 TOBIN y ACKERMAN publicaron otro artículo sobre el tema en donde señalan que en realidad sí existe una relación directa entre inversión extranjera y tratados de inversión. TOBIN, Jennifer & ROSE-ACKERMAN, Susan. (2006). *Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?*. Yale University. Disponible en: http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.upf.edu/ContentPages/822485.pdf

45 Susan Rose Ackerman público en el 2006, junto a Jennifer Tobin otro artículo al respecto titulado « *Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?* » en donde afirman que los tratados de inversión tienen un impacto positivo en los flujos de inversión extranjera en los países en desarrollo. Se declararon escépticos respecto del fundamento pero resaltaron que al parecer, la firma de tratados envía una señal positiva a los inversionistas sobre la buena acogida de la inversión en el Estado receptor. Sin embargo, añaden que entre más tratados sean concluidos en el mundo, el beneficio marginal de firmar otro tratado para el Estado receptor caerá. TOBIN, Jennifer & ROSE-ACKERMAN, Susan. (2006). *Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?*. Yale University. Disponible en: http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.upf.edu/ContentPages/822485.pdf

46 NEUMAYER, Eric & SPESS, Laura. Op. cit., p. 1568-1569-1575-1582.

de inversión por los países en desarrollo les da credibilidad a los gobiernos en la protección de la inversión de los inversionistas extranjeros, lo cual incrementa la inversión. La clave de la credibilidad del país receptor se encuentra, además, en las provisiones de los tratados que le otorgan el derecho al inversionista de acudir en caso de disputa a tribunales de arbitraje internacional. Sin embargo, la existencia misma de disputas ante tribunales internacionales, por violaciones a los tratados, tiene un efecto negativo debido a que puede percibirse como una falta de compromiso de honrar los términos de los tratados y convertirse en una herramienta de presión para obligar al Estado a negociar. Esto a la larga podría generar una reducción del flujo de inversión extranjera que, a juicio de los autores, no había sido considerada en otros estudios⁴⁷.

Lo cierto es que la mera celebración de tratados no puede generar un incremento significativo del flujo de inversión si el país no goza de las condiciones políticas, sociales y económicas favorables tendientes a generar un ambiente propicio para la inversión. Si no existe una estructura adecuada en el Estado receptor, los tratados terminan siendo un pergamino más para archivar y un arma evidente que los inversionistas extranjeros pueden utilizar para buscar indemnizaciones por violación a los términos pactados.

Igualmente, los tratados contemplan una serie de estándares mínimos de protección de la inversión para los nacionales de los Estados signatarios. Se contemplan medidas contra la *expropiación* que, en caso de presentarse, debe tener una indemnización integral pronta, adecuada y efectiva, fundada en el interés público y sin tratos discriminatorios. Un *tratamiento justo y equitativo* sin discriminación al inversionista por parte de las autoridades locales bajo la existencia de reglas transparentes y predecibles. El *principio de protección y seguridad plena* para que el Estado receptor ejerza la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera. La *cláusula de la nación más favorecida*, que consiste en que la inversión no puede recibir un trato menos favorable que la inversión realizada

por los nacionales de otro Estado cualquiera. El *tratamiento nacional* para que la inversión extranjera no reciba un trato menos favorable que la inversión realizada por los nacionales del Estado receptor. El principio de *libre transferencia de los fondos relacionados con la inversión*, que consiste en que las transferencias relativas a una inversión se efectúen sin demora y de manera libre, para evitar el bloqueo del capital del inversionista. Estos no son los únicos estándares de protección que pueden ser pactados por las partes, aunque sí los principales. El contencioso del arbitraje de inversiones gira en torno al alcance e interpretación de estas nociones.

La conclusión de tratados de inversión, envía una señal positiva a los potenciales inversionistas extranjeros sobre la viabilidad de invertir en el Estado receptor. La conclusión de tratados no sólo incentiva a los nacionales de los Estados implicados a contemplar la idea de invertir, sino que muestra señales positivas a los nacionales de los Estados que no hacen parte de ningún acuerdo con el Estado receptor, de que la situación política, social y económica del país facilita la inversión. La existencia de tratados permite reducir las posibilidades de que la disputa se torne política. El hecho de que existan criterios objetivos en las relaciones entre las Partes al tratado facilita la resolución de conflictos que, en caso de ocurrir, serán entregados a un tribunal arbitral internacional para ser resueltos jurídicamente. Esto permite eliminar la guerra “naval” de antaño. El inversionista no tiene necesidad de pedir la intervención de su Estado de origen, lo cual evita el riesgo de encontrarse envuelto en un debate geopolítico de otro orden⁴⁸. En un momento en el que la mayoría de países en el mundo entero compiten por atraer la inversión extranjera, la celebración de tratados permite entrar en una competencia directa con otras Naciones con una larga tradición de celebración de estos instrumentos. La conclusión de tratados permitiría competir en mayor igualdad con otros países en desarrollo.

Por último, al inversionista no solo le interesa que su inversión esté protegida en los tratados sino que, en caso de violación a los términos del tratado, pueda acudir directamente a un tribunal imparcial y especializado que lo ayude

47 NZIRAMASANGA, Mudziviri, S. INABA, Frederick & SHREAY, Sanatan. (2011). *Do Bilateral Investment Treaties Deliver the Goods? Evidence from Developing Countries. Review of Applied Economics*. Vol. 7, No. 1-2, p. 26 y ss.

48 *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit., p. 14*

a dirimir la controversia. La sola existencia de métodos alternativos de resolución de conflictos en los tratados representa una ventaja para los inversionistas a la hora de decidir invertir en un país.

1.2.2 Las ventajas del arbitraje internacional de inversiones previstas en los tratados: El caso del CIADI

El arbitraje contemplado en los tratados goza de numerosas ventajas para los inversionistas y constituye una muestra de buena fe por parte del Estado, con respecto a su disposición para renunciar a su jurisdicción local, en beneficio de un tribunal internacional. Esto muestra al inversionista la voluntad del Estado de acoger la inversión y de proporcionarle garantías para ser tratado con justicia e imparcialidad.

Además, los inversionistas no estarían obligados a acudir a las cortes nacionales del país receptor de la inversión, a no ser que el tratado lo prevea. Igualmente, el inversionista no dependería de la voluntad de su país de origen de ejercer la protección diplomática en su defensa. El inversionista cuenta con la posibilidad de entrar en negociaciones directas con el Estado en caso de violación a los estándares de protección y, de no llegar a un acuerdo, de demandar directamente al Estado ante un tribunal internacional de inversiones.

La Convención de Washington, en la etapa de reconocimiento, se caracteriza por las ventajas y atractivos para los intervinientes, en especial para los inversionistas. Ninguna de las excepciones para otorgar el reconocimiento de un laudo arbitral contempladas en la Convención de New York se encuentran disponibles en la Convención de Washington. El reconocimiento de un laudo consiste en darle un valor vinculante y definitivo a la decisión, el propósito es confirmar el efecto de *res judicata* del laudo, establecer que los asuntos resueltos en el laudo no podrán ser reexaminados. La ejecución corresponde a un procedimiento distinto, y posterior, al reconocimiento del laudo, que bajo el CIADI opera de manera automática. Parte de la doctrina divide el procedimiento, tendiente a la ejecución de un laudo arbitral, en tres momentos distintos. Primero, la etapa de reconocimiento del laudo (i), acto seguido, el proceso de exequátur (ii) (en los casos en que el ordenamiento jurídico del país en donde se busca

ejecutar la sentencia lo requiera) y, finalmente, la etapa de ejecución (iii). El exequátur otorga la fuerza ejecutoria al laudo para poder perseguir los activos de la parte que haya sucumbido en el arbitraje⁴⁹, sin embargo, bajo el sistema CIADI, no se requiere de un exequátur para buscar la ejecución del laudo arbitral.

En el contexto de un arbitraje CIADI, la ejecución se confunde generalmente con el reconocimiento. Uno de los puntos más fuertes del Convenio CIADI, es el hecho de no aceptar argumentos tendientes a rechazar el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Los tribunales nacionales deben reconocer inmediatamente el laudo, como si fuera una sentencia nacional emitida por un tribunal local. La parte que busque el reconocimiento y ejecución del laudo solo necesitará presentar una copia certificada del laudo a la autoridad competente. La autoridad designada sólo podrá verificar la autenticidad del laudo arbitral.

El artículo 54(1)⁵⁰ del Convenio CIADI distingue las obligaciones pecuniarias de las no pecuniarias e impone un reconocimiento automático -mas no ejecución- de las obligaciones no pecuniarias, dejando probablemente tales laudos a la ejecución prevista bajo la Convención de Nueva York, en caso de que esta última sea aplicable. En caso de obligaciones pecuniarias reconocidas por el laudo, los Estados-Parte deben ejecutar el laudo dentro de su territorio como si fuera una sentencia de un tribunal nacional. Dado este tratamiento distinto entre obligaciones pecuniarias y no pecuniarias, las partes deben considerar tratar todas sus pretensiones como obligaciones pecuniarias⁵¹.

49 LINETSKY, Andrés Jana & KLEIN KRANENBERG, Johanna. (2008). *La convención de Nueva York y el CIADI Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Washington*. EN: Abeledo Perrot (Ed.). *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Tawil, Guido Santiago & Zuleta, Eduardo. Buenos Aires.

50 Convenio CIADI, Artículo 54 (1) "Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran".

51 REED, Lucy; PAULSSON, Jan; y BLACKABY, Nigel. (2004). *Guide*

Las partes pueden atacar el laudo basados en causales limitativas que se encuentran en la Convención de Washington. Es pertinente aclarar que el proceso aplica para los laudos dictados bajo la Convención y no para los laudos dictados bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI⁵², o las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), administradas por el CIADI. Los laudos emitidos bajo estas dos últimas categorías no son firmes y vinculantes, y están gobernados por las reglas de la Convención de Nueva York⁵³. Dicho de otra manera, pueden ser anulados por tribunales nacionales del Estado en donde se llevó a cabo el arbitraje. En estos casos, las partes tienen normalmente la posibilidad de atacar el laudo ante los tribunales del Estado, y quien quiera ejecutar el laudo por fuera del territorio del Estado-parte, estará sometido a un control de la decisión según las reglas en vigor en el correspondiente Estado⁵⁴.

Las partes bajo el Convenio CIADI solo pueden buscar la revisión del laudo en caso de que este sea definitivo. El artículo 53(1) dispone que el laudo solo podrá ser objeto de los recursos establecidos por el Convenio y que sólo las partes están obligadas por la decisión CIADI, no los

terceros⁵⁵. Ahora bien, no todas las decisiones CIADI son laudos arbitrales. Según el artículo 48(3), un laudo será definitivo si trata todas las cuestiones sometidas al tribunal arbitral: *Artículo 48(3): “El laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado”*.

El Convenio contempla tres remedios posibles tras el fallo del tribunal arbitral: la interpretación, la revisión y la nulidad. El artículo 50 del Convenio CIADI permite a las partes pedir al Secretario General una *interpretación* del alcance del fallo arbitral. Interpretación que no significa revisión del fondo del laudo. Dicho Convenio no establece un periodo límite para que las partes presenten su solicitud de interpretación.

El artículo 51 permite a las partes solicitar una *revisión* del laudo. La única hipótesis es la existencia de pruebas documentales que puedan afectar de manera decisiva el fallo arbitral. La persona que solicita la revisión debe mostrar que el hecho es nuevo, que no era de conocimiento del tribunal arbitral, o del solicitante, y que la ignorancia de este último no tiene como origen su negligencia. El Secretario remitirá, en la medida de lo posible, la solicitud al tribunal arbitral, y si este ya ha sido disuelto, se constituirá un nuevo tribunal.

Respecto de la *anulación*, la particularidad es que la solicitud de anulación se somete a un Comité ad-hoc de tres miembros, constituido exclusivamente para ese propósito. Si la solicitud es acogida favorablemente, llevará a la invalidez del laudo (o algunas de sus partes), pero nunca a una corrección. La anulación le da una segunda oportunidad a las partes para acudir al arbitraje ante un tribunal arbitral CIADI completamente nuevo. El Comité ad-hoc no tiene competencia para revisar el fondo del laudo, las causales de nulidad se limitan a las del artículo 52(1)⁵⁶ del

to ICSID Arbitration. London. EN: Kluwer Law International, p. 106

52 Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Adoptado el 27/9/1978 por el Consejo Administrativo del CIADI. Introducción “El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria”.

53 El artículo 1 (1) de la Convención de Nueva York dispone que la Convención es aplicable a las sentencias “que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”. El texto no formula limitaciones a las relaciones de derecho privado, de esta manera, la presencia de un ente estatal no constituye una razón para descartar la aplicación de la Convención. Algunos acuerdos bilaterales prevén la ejecución de los laudos conformemente a la Convención de Nueva York.

54 AUDIT, Bernard. (2010). *Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales hors CIRDI*. EN: L.G.D.J. (Ed.), *La Procédure Arbitrale Relative aux Investissements Internationaux*. Bélgica. p. 248-249

55 Convenio CIADI, artículo 53 (1): *El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.*

56 Convenio CIADI, Artículo 52 (1) “Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una

Convenio CIADI. El Comité ad-hoc previsto en el Convenio no es una instancia de apelación; sin embargo, estos Comités pueden llegar a ejercer un control mucho más importante que un simple control externo. Los tribunales nacionales de los países partes, no pueden anular el laudo arbitral ya que está sometido al Convenio CIADI y no a la ley nacional.

El mecanismo establecido por la Convención de Washington, coloca al laudo arbitral en igualdad de condiciones respecto de una sentencia definitiva de un tribunal nacional. Si la sentencia nacional puede ser ejecutada, el laudo arbitral también podrá ser ejecutado. De esta manera, el Convenio no obliga al Estado-parte a ejecutar un laudo CIADI en casos en que una sentencia definitiva equivalente, y emanada de sus propios tribunales nacionales, no pueda ser ejecutada. En conclusión, los tribunales nacionales deben reconocer y ejecutar los laudos arbitrales CIADI de manera automática, pero pueden ejecutarlos de acuerdo a su propia ley nacional.

Otro de los atractivos del arbitraje de inversiones radica en que es una justicia especializada, expedita e imparcial. Se arguye que la jurisdicción local es muy demorada y en ocasiones existen problemas de independencia e imparcialidad y hasta de corrupción. El inversionista no estaría en igualdad de condiciones para presentar sus argumentos, solicitar la práctica de pruebas o defender sus puntos de vista. Se parte del hecho de que al ser ajenos a las jurisdicciones nacionales, los árbitros pueden ser neutrales e independientes en la toma de sus decisiones, esto sin contar con que son especialistas en el derecho internacional, lo cual les daría las herramientas para tomar decisiones acordes a las expectativas de las partes. La garantía de neutralidad y independencia decisoria es una ventaja para los inversionistas que no confían en el sistema local, o cuando la jurisdicción interna no tiene una verdadera experiencia en el derecho internacional⁵⁷. Sin embargo, hacer afirmaciones generales sobre la falta de objetividad del sistema judicial local puede parecer un poco apresurado y a veces alejado de la realidad. Aun en casos en que el sistema judicial local cumple todas las garantías

norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde".

⁵⁷ *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit., p.15.*

de igualdad que podría esperar un inversionista, los tratados suelen excluir sistemáticamente la posibilidad de agotar los recursos internos del país receptor de la inversión.

En la segunda parte de este artículo se tratarán los desafíos del Arbitraje de Inversiones y las reacciones que se vienen dando en el mundo respecto de su funcionamiento.

2. Las consecuencias de este nuevo arbitraje y los inconvenientes que debe tener en cuenta el gobierno colombiano

La forma en que está concebido el arbitraje internacional de inversiones parece en principio ser una solución ideal para los conflictos entre Estados y nacionales de otros Estados bajo un Acuerdo de inversión. Sin embargo, la práctica refleja que en ocasiones no existe un adecuado balance de intereses entre el inversionista y el Estado. Las reacciones y críticas al arbitraje de inversiones en el mundo deben ser examinadas con el objetivo de comprender lo que puede representar para el país.

En esta segunda parte se abordarán dos temas principales: **(2.1)** Las críticas al arbitraje de inversiones. Identificar la enfermedad puede servir a prevenirla, combatirla o anticiparla, esta es la razón de analizar las críticas y cuestionamientos que ha presentado el sistema. **(2.2)** Por otro lado, resulta imprescindible identificar las principales herramientas para la viabilidad del sistema. Los Estados deben mantener comportamientos responsables en las fases de negociación de los términos de los tratados y en la coordinación de las entidades estatales sobre las políticas internacionales para que la instancia arbitral recupere su fuerza. Cuando los árbitros entienden con claridad lo pactado por las Partes se limita la posibilidad de largas y oscuras interpretaciones por parte de los tribunales.

2.1 Desafíos y críticas que ha recibido el sistema

El arbitraje internacional de inversiones pactado en los tratados, y el CIADI como Centro más influyente en la resolución de conflictos de este género, vive un momento agitado. En efecto, se puede apreciar un movimiento mundial que ha ido creciendo con el tiempo y que busca quitarle legitimidad al sistema concebido por la Convención de Washington. Las dificultades de

modificación de la Convención de Washington como solución a los cuestionamientos que plantea el sistema nos llevan a buscar otros caminos. El árbitro de inversiones toma su decisión basado en los términos de los tratados, de ahí la importancia de efectuar negociaciones responsables de los estándares de protección y de la definición de la inversión que debe ser protegida. Asimismo, el Estado debe utilizar todas las herramientas a su favor para evitar llegar a la instancia arbitral: conciliar es mejor que litigar.

2.1.1 Movimiento en contra del arbitraje de inversiones

El sistema de arbitraje de inversiones viene siendo cuestionado hace unos años, en gran parte por los países en vía de desarrollo, que han visto sus intereses en juego ante instancias internacionales de inversiones. De esta manera Bolivia denunció y se retiró de la Convención de Washington en el 2007, Ecuador en el año 2010 y Venezuela en el 2012⁵⁸. La India⁵⁹ y Brasil no

hacen parte de la Convención de Washington. Sudáfrica y Pakistán critican los tratados de inversiones. Estados Unidos y Canadá modifican los textos de negociación de sus tratados.

En el caso de Latinoamérica se vive un momento bastante peculiar. Varios países se encuentran en una cruzada contra el CIADI y la celebración de tratados de inversión, mientras que otros países, como Colombia, realizan todos sus esfuerzos por atraer la inversión a través de la negociación y conclusión de tratados. Se estima que en el año 2007 el 15% de los casos concluidos ante el CIADI tenían que ver con demandas contra Estados latinoamericanos; para el año 2009 ya se hablaba de un 52%⁶⁰. El 22 de abril del 2013 se reunieron en Guayaquil representantes de Bolivia, Cuba, Ecuador, Nicaragua, República Dominicana, San Vicente y las Granadinas, Venezuela, Argentina, Guatemala, Honduras y México con el fin de discutir los impactos de los tratados bilaterales de inversión en la región y quitarle el contencioso al CIADI. Cecilia Olivet, del Instituto Transnacional, en una columna en el *Network for Justice in Global Investment*⁶¹, afirma que la iniciativa de estos países responde al creciente número de demandas por parte de corporaciones internacionales contra gobiernos latinoamericanos ante tribunales internacionales, así como laudos recientes que contienen indemnizaciones multimillonarias como el caso de Ecuador contra OXY, en donde el gobierno ecuatoriano fue condenado a pagar una suma de US2.3 billones de dólares⁶². El

58 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones -CIADI-. Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio (al 20 de mayo de 2013). "El Gobierno de la República de Bolivia firmó el Convenio del CIADI el 3 de mayo de 1991 y depositó su instrumento de ratificación el 23 de junio de 1995. El Convenio entró en vigor para Bolivia el 23 de julio de 1995. El 2 de mayo de 2007, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia de Bolivia del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación de Bolivia, es decir el 3 de noviembre de 2007. El Gobierno de la República del Ecuador firmó el Convenio del CIADI el 15 de Enero de 1986 y depositó su instrumento de ratificación en la misma fecha. El Convenio entró en vigor para el Ecuador el 14 de febrero de 1986. El 6 de julio de 2009, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia del Ecuador del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación del Ecuador, es decir el 7 de enero de 2010. El Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela firmó el Convenio del CIADI el 18 agosto de 1993 y depositó su instrumento de ratificación el 2 mayo de 1995. El Convenio entró en vigor para la República Bolivariana de Venezuela el 1 junio de 1995. El 24 de enero de 2012, el depositario recibió una notificación por escrito de la denuncia de la República Bolivariana de Venezuela del Convenio. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio, la denuncia produjo efecto seis meses después del recibo de la notificación de la República Bolivariana de Venezuela, es decir el 25 de julio de 2012". <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish>

59 La India es uno de los países con mayor inversión extranjera. Sin embargo, no hace parte del CIADI ya que consideró que sería conceder parte de su soberanía. En los años sesenta, cuando la Convención de Washington fue adoptada, la India no estaba económicamente desarrollada y no existía un importante desarrollo del comercio internacional y de las inversiones. S. TONDAPU, Gautami. (2010). *International Institutions and Dispute Settlement: The Case of ICSID*. EN: *Bond Law Review*. V. 22, I.1. Artículo 4. p. 13. Disponible en: http://epublications.bond.edu.au/blr/vol22/iss1/4/?utm_source=epublications.bond.edu

[au%2Fblr%2Fvol22%2Fiss1%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016)

60 VINCENTELLI, Ignacio. (2009). *The Uncertain Future of ICSID in Latin America*. Selected Works, p.11. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016

61 OLIVET, Cecilia. (Abril de 2013). *Report from Latin America and Caribbean governments meeting on investment regime, in Guayaquil, Ecuador*. EN: *Network for Justice in Global Investment*. Instituto Transnacional. Disponible en: <http://justinvestment.org/2013/05/report-from-latin-america-and-caribbean-governments-meeting-on-investment-regime-in-guayaquil-ecuador/>

62 El 27 de mayo de 2013 el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, calificó de ataque contra la soberanía del Estado los tratados bilaterales de inversión en donde el capital tiene más derechos que los seres humanos. Cuestionó el hecho de que las transnacionales pudieran perseguir a un Estado soberano sin acudir a las instancias jurídicas internas. Asimismo, criticó la condena contra Ecuador en el caso OXY ante el CIADI por una declaratoria de caducidad del Contrato de explotación de una zona petrolera en el Amazonas. El Presidente Correa indicó que el monto exigido ante el CIADI sobrepasa el presupuesto anual de salud del país latinoamericano. El Ciudadano. (27 de mayo de 2013). *Le Président Correa critique les traités d'investissements réciproques pour porter atteinte aux États*. EN: *El Ciudadano*. Disponible en: http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=42377:le-president-

objetivo de la reunión era coordinar políticas de cooperación para asistencia recíproca en procesos de arbitraje internacional de inversiones. Stuart Trew, explica que ésta reacción de los países latinoamericanos tiene como origen, igualmente, los comportamientos de las compañías transnacionales de minería canadienses. Por citar algunos ejemplos, Infinito Gold demandó a Costa Rica por US\$1 billón de dólares sobre la base de un tratado celebrado con Canadá. En marzo Rusuro Mining, una empresa rusa con sus oficinas principales en Canadá, demandó a Venezuela por US\$3.03 billones de dólares valiéndose de un tratado celebrado con Canadá. Otro ejemplo es el de Pacific Rim, que pide a El Salvador US\$315 millones de dólares como compensación por la oposición de la comunidad a un proyecto de construcción de una mina de oro⁶³.

Por otro lado, autoridades de Pakistán y Sudáfrica han manifestado su descontento con los riesgos de los tratados bilaterales de inversión. El caso de Pakistán es particular. En el año 2001 el gobierno pakistaní recibió una carta sobre una disputa con una empresa suiza, llamada Société Générale de Surveillance (SGS), por una terminación de un contrato en 1996 que había sido adjudicado, producto de supuestos sobornos. La carta provenía del CIADI indicando que SGS reclamaba más de US\$110 millones como compensación, sobre la base de violaciones a un tratado de inversión. Estos hechos llevaron a que se le preguntara a Makhdoom Ali Khan, Procurador General de Pakistán, lo que conocía sobre esta instancia y la posibilidad de reclamar pretensiones de este estilo. El Procurador en una entrevista concedida en el 2009 confesó que en ese momento, a pesar de ser experto en derecho internacional público, no conocía el tema. De hecho fue a través de *google* que conoció las implicaciones del CIADI y de los TBI. Se percató así del lenguaje extremadamente amplio de los tratados, la posibilidad para los inversionistas extranjeros de arreglar sus disputas por fuera del sistema legal interno y a través del arbitraje internacional de inversiones,

correa-critique-les-traites-dinvestissements-reciproques-pour-porter-atteinte-aux-etats&catid=68:français&Itemid=109

63 TREW, Stuart. (Mayo 8 de 2013). Latin American countries pushing back against investor 'rights' in trade deals. EN: Rabble. Disponible en: http://rabble.ca/blogs/bloggers/council-canadians/2013/05/latin-american-countries-pushing-back-against-investor-righ?goback=%2Egde_3948480_member_240832431

y las opciones limitadas para apelar un laudo de estas características. Se percató así, de que en caso de que Pakistán no quisiera ejecutar el eventual laudo, la Convención de Washington permitiría a SGS buscar la ejecución de la decisión y pagarse con los bienes comerciales de Pakistán en cualquiera de los países signatarios de la Convención. En realidad, la firma de los tratados de la época se hacía casi mecánicamente cuando los delegados del gobierno pakistaní y delegados extranjeros se encontraban, con el fin de dar una buena imagen ante la prensa, o como muestra de buena fe⁶⁴.

Sudáfrica comenzó a reevaluar sus políticas internacionales en materia de tratados tras una demanda de 2007 interpuesta por varios ciudadanos italianos y una empresa de Luxemburgo, bajo el tratado Bélgica-Luxemburgo. Los demandantes argumentaron que una ley de 2004, sobre el desarrollo de los recursos mineros y petroleros, adoptada con el objetivo de incrementar la participación de los ciudadanos sudafricanos - por mucho tiempo desfavorecidos - en la industria minera, representaba una expropiación de sus derechos de extracción. El caso sirvió de incentivo al gobierno para reconsiderar su política de inversiones, ya que "... los tratados bilaterales de inversión representaban un riesgo y limitaban la capacidad del gobierno de proseguir su programa de transformación de la Constitución"⁶⁵. El gobierno manifestó, en el 2012, su intención de terminar el tratado bilateral de inversiones con la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. De la misma manera anunció la no renovación de doce tratados de inversión celebrados con países de la Unión Europea. El 23 de junio de 2013 Sudáfrica envió una notificación a España denunciando el tratado bilateral de inversiones⁶⁶. Las razones principales yacen en las

64 SKOVGAARD POULSEN, Laue N. (2011). *Sacrificing Sovereignty by chance : Investment treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*. EN: *The London School of Economics and Political Science*, p. 13-16. Disponible en: http://etheses.lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf

65 *Investment treaty news - Nouvelles en Bref*. (2012). *L'Afrique du Sud a pesé les risques et les bénéfices des TBI*. EN: *Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*. No. 1., V.3., p.13. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf

66 RUEDA, José Ángel. (30 de junio de 2013). *South Africa denounces BIT with Spain*. *Africa International Legal Awareness*. Disponible en: <http://blogaila.com/2013/06/30/south-africa-denounces-bit-with-spain-by-jose-angel/>

evidentes ventajas de los inversionistas frente al Estado y la falta de flexibilidad de los tratados en puntos críticos de política pública⁶⁷.

Australia se convirtió, hace poco, en el primer país desarrollado en anunciar que no volvería a incluir cláusulas de arbitraje, inversionista-Estado, en sus tratados. El gobierno australiano anunció esta decisión en abril del 2011 por dos argumentos principales: (i) los tratados parecen otorgar mayores derechos a los inversionistas extranjeros que a los locales; (ii) El arbitraje de inversiones pone en riesgo la posibilidad de Australia de decidir sobre sus propias políticas públicas. Los principales sectores de preocupación fueron los de la salud pública y el medio ambiente. Igualmente, se criticó la parcialidad a favor de los inversionistas por parte de los tribunales y la inconsistencia de las decisiones arbitrales, debido a la falta del sistema de precedente. Partidarios de las medidas del gobierno australiano sostienen que existen otras opciones como los seguros contra riesgos políticos o la conclusión de contratos específicos con el Estado en donde se quiere invertir; esta última opción se enfrentaría al problema de que solo los inversionistas con un fuerte poder económico podrían tener un peso de negociación frente a los Estados⁶⁸.

India, por otro lado, ha anunciado que iniciará la revisión de 82 de sus tratados bilaterales de inversiones. Parte de la crisis surgió por el laudo de *White Industries* contra la India, en donde se reconocieron cerca de 10 millones de dólares australianos por concepto de daños por las demoras de las cortes locales en la ejecución de un laudo arbitral anterior, proferido en el año 2002 y que en el 2010 todavía no había podido ejecutarse. Empresas como *Vodafone*,

Sistema, Telenor y *Children's Investment Fund* han iniciado procedimientos arbitrales por cambios del gobierno en la regulación y la enmienda al Código tributario. A pesar de que India no hace parte de la Convención de Washington, se encuentra en un proceso de reevaluación de los términos de sus tratados para darle una mayor importancia al Estado y permitir, así, que éste pueda iniciar un procedimiento arbitral y no solo los inversionistas⁶⁹.

Estados Unidos, Canadá y México⁷⁰ concluyeron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte también conocido como "TLCAN"⁷¹ que creó una de las áreas de libre comercio más grandes del mundo, con un mercado aproximado de 450 millones de personas⁷². No obstante, la aplicación del Tratado no siempre fue pacífica. El Capítulo 11 del TLCAN, que trata el tema de inversiones, estuvo en el foco de fuertes debates dadas las interpretaciones flexibles que los tribunales arbitrales, constituidos en virtud del Tratado, daban sobre su aplicación y su alcance. Esto llevó a la Comisión de Libre Comercio a un replanteamiento sobre los alcances del Capítulo 11 y, en especial, a la interpretación del nivel mínimo de tratamiento conforme al derecho internacional⁷³.

[rueda/?goback=%2Egde_3937212_member_254309662](#)

67 LEON, Peter; VEERAN, Jonathan; & WARMINGTON, Erin. (5 de octubre 2012). *South Africa Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With European Union Member States*. Mondaq. Disponible en: <http://www.mondaq.com/x/199586/international+trade+investment/South+Africa+Declines+To+Renew+Bilateral+Investment+Treaties+With+European+Union+Member+States> Ver igualmente: WOLFREY, Sean. (Marzo 6 de 2003). *South Africa's new investment policy framework and protection for SA firms investing abroad*. Tralac-Trade Law Center. Disponible en: <http://www.tralac.org/2013/03/06/south-africas-new-investment-policy-framework-and-protection-for-sa-firms-investing-abroad/>

68 MONICCHINO, Albert & FAWKE, Alex. (Mayo de 2013). *Australia and the Backlash against Investment Arbitration*. Barristers. Disponible en: <http://barristers.com.au/news-resources/recent-publications/>

69 S. BHUSHAN PUNEETH Nagaraj. (Enero 6 de 2013). *Need to align bilateral investment treaty regime with global reality*. The Hindu. Disponible en: <http://www.thehindu.com/business/companies/need-to-align-bilateral-investment-treaty-regime-with-global-reality/article4276916.ece>

70 México no hace parte de la Convención de Washington pero ha sido parte a diferentes arbitrajes TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

71 *Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el gobierno de Canadá, México y Estados Unidos*. Diciembre 17, 1992.

72 *Office of the United States Trade Representative*. <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/north-american-free-trade-agreement-nafta>

73 *North American Free Trade Agreement*. (2001). *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*. NAFTA Free Trade Commission. En esta nota aclaratoria se afirmó que el artículo 1105(1) del Tratado establece: (i) "el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte. (ii) Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste. (iii) Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1)". http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp

Algunos estudios sugieren que los tratados suelen ser más favorables para los países exportadores que para los países prominentemente importadores. Gus Van Harten toma, como ejemplo, el tratado de inversión entre Estados Unidos y el Ecuador, en donde el primero excluyó del tratado las obligaciones preestablecidas en más de diez actividades, mientras que el segundo se limitó a excluir tan solo unas pocas⁷⁴. Esto permitía a Estados Unidos mantener el control de sectores estratégicos de su economía y muestra tan solo un ejemplo de la desigualdad manifiesta en algunos tratados negociados por los Estados.

2.1.2 Críticas constantes a los tratados de inversión y al arbitraje internacional de inversiones

Se cuestiona la falta de igualdad entre las partes. Uno de los puntos cruciales gira en torno a que solo el inversionista puede poner en movimiento el procedimiento arbitral. El Estado no demanda al inversionista ante el CIADI. El Estado es el único responsable de pagar indemnizaciones por violaciones al tratado. Sin embargo, esta afirmación es necesario relativizarla, puesto que se han visto casos en los que el Estado demanda y pone en movimiento el arbitraje, por citar algunos ejemplos: *Gabón contra la Société de Serete S.A.*⁷⁵; el *Gobierno de la Provincia de East Kalimantan* (Gobierno provincial en Indonesia) contra *PT Kaltim Prima Coal y otros*⁷⁶; y el caso *Tanseco* (Compañía de electricidad de carácter estatal) contra *IPTL*⁷⁷.

Asimismo, el inversionista puede someter al tribunal arbitral litigios de carácter contractual. A pesar de que el arbitraje de inversiones se basa, fundamentalmente, en violaciones a los estándares de protección incluidos en los tratados, en algunos tratados los términos de la cláusula compromisoria son tan amplios que le dan directamente competencia al tribunal arbitral para conocer sobre diferendos surgidos del contrato. Por esta razón, en numerosas ocasiones, los tribunales de arbitramento se han

pronunciado con relación a problemas netamente contractuales, lo cual implica grandes dificultades para los Estados durante la ejecución contractual y el uso de sus facultades excepcionales.

Existe otra figura que ha sido fuertemente criticada, es conocida como el *forum shopping*. Consiste en la posibilidad para el inversionista extranjero, que no es beneficiario del tratado, de adquirir la nacionalidad del Estado-parte del tratado por el simple hecho de establecer un grupo empresarial en el Estado del cual busca beneficiarse. Un ejemplo es el tratado entre Zimbabue y Holanda, al no existir un tratado de inversiones entre Zimbabue y Estados Unidos, un inversionista que desee invertir en Zimbabue puede estructurar su inversión a través de Holanda para poder acceder a los beneficios del tratado⁷⁸. Esto se ha visto en algunos casos que involucraban a Venezuela, lo cual motivó la denuncia de la Convención de Washington, dejando en evidencia a Holanda como el país preferido por los inversionistas extranjeros en la práctica del *forum shopping*. El profesor Gus Van Harten, explica que a través de esta figura, una inversión que originalmente era doméstica, por el hecho de pertenecer a nacionales del Estado receptor de la inversión, puede volverse extranjera por un simple papel de transferencia de la propiedad a una persona o entidad extranjera⁷⁹. El *forum shopping* ha causado estragos en los países en desarrollo y ya se han visto casos en Colombia⁸⁰. Sin embargo, la posibilidad de que ocurra esta práctica radica, en gran medida, en la manera en que se encuentre redactado el tratado. Un caso conocido es el de *Tokios Tokelés* contra *Ucrania*⁸¹, el cual permitió a un grupo de ucranianos demandar a su propio gobierno, bajo el tratado bilateral de inversiones entre Ucrania y Lituania, a través de una compañía que había sido constituida en Lituania. Un caso curioso de *forum shopping* es el del tratado bilateral de inversiones

78 VAN OS, Roos & KNOTTNERUS, Roline. (2011). *A gateway to « treaty shopping » for investment protection by multinational companies*. EN: SOMO (Ed.). *Dutch Bilateral Investment Treaties*. Amsterdam.

79 VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.*, p. 28-29.

80 El ex-ministro de Agricultura José Antonio Ocampo criticó la práctica de algunos empresarios colombianos de crear empresas en el exterior para llegar al país como inversionistas de capital extranjero y acceder a protecciones más amplias que los inversionistas colombianos gracias a los tratados. (Proyectos UAF). *El Tiempo*. "Es aberrante fungir como inversionista extranjero". Martes 2 de julio de 2013, p. 12.

81 Caso CIADI No ARB/02/18. *Tokios Tokelés c/ Ucrania*.

74 *Tratado de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador*. Washington. 27 de agosto de 1993 y entró en vigor el 11 de mayo de 1997. Ver igualmente: Van Harten, Gus. *Op. cit.*, p. 43-44.

75 Caso CIADI No. ARB/76/1. *Gabón contra la Société de Serete S.A.*

76 Caso CIADI No ARB/07/03. *Gobierno de la Provincia de East Kalimantan contra PT Kaltim Prima Coal y otros*.

77 S. BHUSHAN PUNEETH Nagaraj. *Op. cit.*

entre el Reino Unido y Egipto, el cual permite a los inversionistas ingleses acudir al *forum shopping* en los casos contra la República Árabe de Egipto, pero que no permite el mismo *forum shopping* a favor de los inversionistas egipcios⁸².

Otro ejemplo es el del norteamericano Ronald Lauder contra la República Checa. Lauder demandó a la República Checa a través del tratado celebrado entre los Estados Unidos y la República Checa, y después presentó una nueva demanda pero esta vez amparándose por el tratado celebrado entre la República Checa y Holanda, dado que la inversión había sido estructurada a través de una sociedad holandesa. La primera demanda no prosperó pero la República Checa fue condenada en el segundo arbitraje por un valor de US\$270 millones de dólares, más intereses, lo cual equivalía al presupuesto total de salud⁸³.

Existe otra cláusula de los tratados que ha causado muchos problemas, es conocida como la cláusula de la Nación la más favorecida o *most favoured nation clause* (MFN). Esta permite al inversionista valerse del régimen de favor, instaurado en los tratados del Estado receptor de la inversión - que no corresponde al tratado suscrito entre éste y su Estado de origen -, en caso que exista un beneficio más grande otorgado a otros inversionistas extranjeros. La cláusula MFN se encontraría en el tratado entre el Estado de origen del inversionista y el Estado receptor, y reenviaría a los otros tratados suscritos por el Estado receptor. Esto puede representar un riesgo, no necesariamente previsto por el Estado. Un ejemplo es el caso *Maffezini* contra *España*⁸⁴: El tratado entre Argentina y España requería someter el diferendo al "tribunal competente" en España, si no se lograba llegar a un acuerdo amigable. En ausencia de disposición contraria, la disputa debía dirimirse por un tribunal de arbitramento, en caso de que las corte locales no pudieran poner fin a la disputa o si ninguna decisión de fondo era tomada en un periodo de

18 meses, a partir del inicio de los procedimientos locales. El demandante acudió a la justicia arbitral sin cumplir con estos requerimientos previos, sin embargo, argumentó ante el tribunal de arbitramento que el tratado entre España y Chile no contenía requisitos previos para acudir al arbitraje y que la cláusula MFN del tratado entre España y Argentina le permitía valerse de ese tratamiento de favor de los inversionistas chilenos, debiéndose declarar el tribunal competente para conocer del caso. A pesar de que el tribunal intentó imponer algunos límites a la utilización de la cláusula MFN, aceptó los argumentos del demandante y se declaró competente para conocer del fondo del litigio. En casos ulteriores se intentó poner más límites al uso de la cláusula MFN y se discutió su aplicabilidad respecto de la cláusula compromisoria⁸⁵, sin embargo, sigue siendo una de las provisiones más controvertidas de los tratados ante las instancias arbitrales, y de las que más merece atención por parte de los redactores y negociadores de los tratados, para evitar que los inversionistas se "salten" el requisito impuesto por algunos de estos instrumentos de agotar, primero, los recursos locales antes de acudir al arbitraje.

La independencia e imparcialidad de los árbitros también ha sido atacada. Es común que una misma persona sea árbitro, asesor y negociador de un tratado de inversión. Esto se debe a que el círculo de árbitros, en el arbitraje de inversiones, es muy pequeño y en numerosas ocasiones se puede encontrar árbitros que al mismo tiempo que cumplen su función, promueven la inclusión de cláusulas compromisorias en las relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros⁸⁶, o incluso son abogados defensores de inversionistas en otros casos de inversión. Esto plantea un problema de independencia e imparcialidad. Existen casos en los que un árbitro internacional de inversiones puede tener una participación importante en la

82 Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre el Reino Unido e Irlanda del Norte y Egipto. Londres, 11 de junio de 1975 que entró en vigor el 24 de febrero de 1976.

83 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. Op. Cit., p.26.

84 Caso CIADI No ARB/97/7. *Maffezini* (Emilio Agustín) c/ España. Decisión de jurisdicción, 25 de enero de 2000. Ver igualmente: Caso CIADI No ARB/02/3. *Aguas del Tunari* c/ Bolivia. Decisión de objeciones de jurisdicción 2005. Ver igualmente: *Siemens A.G. c/ Argentina*. CIADI Caso No. ARB/02/8. Decisión de jurisdicción. Agosto 3 de 2004. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

85 Ver igualmente: Caso CIADI No ARB(AF)/00/2. *Técnicas Medioambientales Tecmed SA c/ México*. Laudo de mayo 29 de 2003. Caso CIADI No ARB/01/7. *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ República de Chile*. Laudo de mayo 25 de 2004. Caso CIADI No ARB/02/8. *Siemens AG c/ Argentina*. Decisión de Agosto 3 de 2004. Caso CIADI No ARB/02/13. *Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c/ Jordania*. Decisión de noviembre 15 de 2004. Caso CIADI No ARB/03/24. *Plasma Consortium Ltd c/ República de Bulgaria*. Decisión de Febrero 8 de 2005. Caso CIADI No ARB/07/17. *Impregilo S.p.A. c/ Argentina*. Caso CIADI No. ARB/07/31. *Hochtief Aktiengesellschaft c/ Argentina*.

86 VAN HARTEN, Gus. Op. cit., p. 39-40.

negociación de algunos de los tratados que más tarde se encargará de interpretar, como árbitro, o de defender/atacar, como abogado. Se puede argumentar que en realidad estas personas están en la mejor posición para entender las implicaciones en la negociación de los tratados y buscar una verdadera igualdad entre las partes a través de su experiencia. El inconveniente resulta cuando al hacer parte de las negociaciones, en futuros conflictos, se hace evidente que el lenguaje utilizado en los instrumentos es demasiado ambiguo, y esas mismas personas, esta vez como árbitros o abogados de las partes, interpretan el alcance de las disposiciones, el cual en una gran mayoría de los casos resulta a favor de los inversionistas. Recordemos que son los mismos inversionistas los únicos que pueden interponer una demanda de inversión, y constituir así un tribunal de arbitramento. El no satisfacer, en cierta medida, sus intereses, podría tener como consecuencia la renuncia del inversionista a acudir a este tipo de mecanismo.

Es necesario enfatizar que los árbitros, en el mundo del arbitraje internacional de inversiones, constituyen un grupo muy pequeño. De hecho, 15 árbitros han tomado las decisiones en un 55% de los casos conocidos hasta el año 2012 en materia de tratados de inversión⁸⁷. Esto no necesariamente le quita legitimidad a sus decisiones, sin embargo, despierta preocupaciones dejar en un grupo tan reducido de personas la toma de decisiones que tienen implicaciones tan grandes para los Estados.

Asimismo se cuestiona la neutralidad e imparcialidad del sistema dado la gran tendencia en el CIADI de fallar a favor del inversionista extranjero. A pesar de esto Ignacio Vincentelli señala que en la práctica, en un número significativo de casos, se han reducido los montos de compensación de los inversionistas de manera importante y muchos laudos CIADI han sido anulados. Un ejemplo sería el de *Autopista Concesionaria de Venezuela* contra *Venezuela* en donde se le reconoció al inversionista una compensación de 12 millones de dólares, cuando

87 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. *Op. cit.*, p.38-41. Los 15 árbitros nombrados en este estudio son: Brigitte Stern, Charles Brower, Francisco Orrego, Marc Lalonde, Yves Fortier, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Albert Jan van den Berg, Karl-Heinz Bockstiegel, Bernard Hanatiau, Jan Paulsson, Stephen M. Schwebel, Henri Alvarez, Emmanuel Gaillard, William W. Park, Daniel Price.

en realidad las pretensiones se elevaban a 311 millones de dólares⁸⁸.

El costo que implica un arbitraje de inversión es otro argumento en contra. Se calcula que el costo de un arbitraje Estado-Inversionista puede ascender a US\$8 millones de dólares y en algunos casos superar los US\$30 millones; más del 80% de los costos legales se gastan en concepto de representación y consejeros⁸⁹. Los costos son asumidos por las partes y cubren la administración del arbitraje, la práctica de pruebas, los honorarios de los abogados y de los árbitros, entre otros. Filipinas, por ejemplo, invirtió más de US\$58 millones de dólares para defenderse en dos casos contra la empresa Fraport. Bulgaria pagó más de US\$13 millones de dólares por asesoría jurídica en el caso que la opuso a Plama Consortium y solo fue indemnizada por este concepto por US\$7 millones⁹⁰. En el caso *Pey Casado* contra *Chile*⁹¹ los costos de justicia del demandante se elevaban a US\$11 millones de dólares y los del defensor a US\$4,3 millones; el defensor tuvo que pagar 75% de los costos del arbitraje más US\$2 millones de los costos del demandante⁹². En el caso *ADC Affiliate Limited* y *ADC & ADMC Management Limited* contra la *República de Hungría*⁹³, el tribunal condenó a Hungría a pagar la totalidad de los costos del arbitraje por un valor de US\$7,6 millones de dólares⁹⁴. En el caso *Waguih Elie George Siag* y *Clorinda Vecchi* contra la *República árabe de Egipto*⁹⁵ el tribunal juzgó que los demandantes estaban habilitados a recibir una suma de US\$6 millones de dólares a título de costos de justicia, de experticia y de otros gastos⁹⁶.

88 VINCENNELLI, Ignacio. (2009). *Op. cit.*, p.14.

89 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. *Op. cit.*, p. 7-8, 15.

90 Caso CIADI No ARB/03/24. *Plasma Consortium Ltd c/ República de Bulgaria*. Decisión de Febrero 8 de 2005.

91 Caso CIADI No ARB/98/2. *Víctor Pey Casado y President Allende Foundation c/ Chile*.

92 *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, p. 19.

93 Caso CIADI No ARB/03/16. *ADC Affiliate Limited* y *ADC & ADMC Management Limited c/ República de Hungría*.

94 *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, p. 19.

95 Caso CIADI No ARB/05/15. *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c/ República Árabe de Egipto*.

96 *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, p. 20.

El arbitraje de inversiones puede ser un buen negocio, se ha llegado a afirmar que llevar una demanda de US\$1.000 millones o ganar 100 millones de dólares ya no tiene gran significado para una firma de abogados de arbitraje de inversiones “*lo que se necesita estos días para despuntar es una indemnización de 350 millones de dólares como mínimo*”⁹⁷. Los honorarios de los árbitros oscilan entre US\$375 y US\$700 dólares la hora. Por una controversia de US\$100 millones de dólares, un árbitro puede ganar hasta US\$350.000 dólares⁹⁸.

Los costos del arbitraje de inversiones no han impedido que los inversionistas que no cuentan con los recursos para presentar una demanda de esta clase, encuentren financiación con el fin de obtener una jugosa condena en contra de los Estados. El arbitraje de inversiones se enfrenta hoy a la “*financiación de terceros*”. Esta consiste en que un tercero decide invertir en el litigio existente entre el Estado y el inversionista con el fin de obtener un beneficio económico, en caso de que el Estado resulte condenado. El financiador recupera, por lo general, entre un 20% o un 50% del laudo final⁹⁹. Esta forma de financiación despierta preocupaciones ya que “*los terceros financiadores controlan el acceso a un circuito de arbitraje muy hermético. Tienden a aceptar casos cuyos consejeros son firmas de abogados líderes y, en caso de no estar contentos con la elección, sugerirán alternativas. También pueden influir en quién es designado como árbitro*”¹⁰⁰.

Estas críticas al sistema son solo un ejemplo de los cuestionamientos al arbitraje de inversión. Sin embargo, el sistema tiene sus ventajas, que pueden ser aprovechadas atendiendo a los

97 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. (2012). *Capítulo II, Controversias relacionadas con tratados de inversión, Un gran negocio para la industria del arbitraje*. EN: Helen Burley (Ed.). *Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Bruselas-Ámsterdam, p.14.

98 *Ibid.*, Capítulo IV, *¿Quién vigila a los guardianes? Los conflictos de interés de los árbitros de inversiones*, p.35.

99 *Ibid.*, Capítulo V, *Especulando con la injusticia. Financiación de controversias relativas a inversiones por parte de terceros*, p.57.

100 *Ibid.*, Capítulo V, *Especulando con la injusticia. Financiación de controversias relativas a inversiones por parte de terceros*, p.59. El informe señala como algunos de los financiadores conocidos a la empresa Burford Capital (US), Jurídica Investment LTD (Reino Unido), Omni Bridgeway (Países Bajos), Fullbrook Management (US) y Calunius Capital (Reino Unido).

términos pactados por las partes en los tratados de inversión.

2.2 Claves para la viabilidad del sistema

La confianza depositada en el arbitraje de inversiones puede afianzarse gracias a una conducta responsable por parte de los Estados durante la negociación de los tratados, para evitar las interpretaciones amplias de los estándares de protección acordados a los inversionistas. Esto, sumado a una correcta política de cooperación interna entre las entidades estatales en la aplicación de los compromisos internacionales, lo cual podría evitar en muchos casos el contencioso internacional.

2.2.1 Diligencia en la negociación, restricción en la interpretación y prácticas de prevención

El arbitraje de inversiones necesita replantearse para prestar mayores garantías a sus dos principales usuarios: El Estado y el inversionista. No se trata de erradicarlo como método de resolución de conflictos internacional ni de abocar por una eliminación del CIADI como Centro principal de organización de este tipo de controversias, bajo los auspicios de la Convención de Washington. Sin embargo, existen muchos desafíos para reequilibrar la balanza entre los distintos intervinientes, fortaleciendo la confianza de los Estados en la participación en estos procesos. Casos como los de Argentina, Bolivia, Ecuador y Venezuela muestran una tendencia de algunos países en Latinoamérica por regresar a la doctrina Calvo, buscando cierta independencia de los Estados Unidos y un fortalecimiento de la soberanía en la región¹⁰¹. Sin embargo, este movimiento de rechazo al CIADI y de denuncia de la Convención también es contraproducente para la inversión, dada la pérdida de seguridad jurídica de los inversionistas, lo cual puede tener como consecuencia que busquen otros mercados más atractivos, como el asiático o el africano. El caso de Colombia es diferente, ya que estamos ante un movimiento que favorece a los tratados y al CIADI.

El periodo de negociación de los tratados es de suma importancia y no debemos apresurarnos

101 FACH GOMEZ, Katia. (2010). *Latin America and ICSID : David versus Goliath ?*. Universidad de Zaragoza. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325

en su celebración si con eso se están sacrificando intereses superiores. Los alcances del término *inversión* deben ser cuidadosamente escogidos y, más allá de determinar qué se debe entender por este concepto, se debe definir qué no se entiende comprendido en él. El contenido de *inversión* será determinante para la competencia del tribunal arbitral. Asimismo, los estándares mínimos de protección de la inversión deben ser estrictamente delimitados, el gobierno tiene que estar seguro de que se excluyan figuras como la del *forum shopping* y de que los términos de los tratados no sean incompatibles con reformas sociales y políticas en materia ambiental y de orden público –en la medida de lo posible–, con el fin de que el Estado no vea su responsabilidad comprometida por cambios legislativos ulteriores, que resulten necesarios para el desarrollo de los principios constitucionales internos.

Es necesario negociar las disposiciones prioritarias y determinar qué acuerdo prevalece en caso de conflicto; ser consciente de que un consentimiento amplio al arbitraje, como por ejemplo cláusulas de este tipo: “*todos los diferendos que conciernen la inversión*” o las cláusulas “*sombrilla*” como “*todo compromiso acordado a título de la inversión*”, podrían comprometer al Estado en ámbitos que no había inicialmente planeado¹⁰².

Se debe igualmente formar abogados en el arbitraje internacional de inversiones. En el ámbito internacional, los despachos más importantes cuentan con muchos años de experiencia y se conocen entre sí, por eso no es raro que los inversionistas sigan acudiendo a los mismos operadores jurídicos. No se puede pretender que formemos a profesionales cuando el contencioso ya haya explotado en Colombia, tampoco debe el gobierno esperar contratar siempre a consultores internacionales que con toda seguridad significarán un costo importante para las arcas del Estado. La asesoría externa es sana, aunque en Colombia existen muchos abogados de calidad que podrían formarse y

prepararse para afrontar esta nueva era que se avecina.

Por otro lado, el Estado no puede pretender adelantar cambios tan sustanciales si no existe una verdadera campaña interna de educación a las entidades estatales y los operadores jurídicos, sobre las consecuencias de los nuevos compromisos y la estrategia de prevención y confrontación de futuras demandas contra el Estado. La creación en Colombia de la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado* es tan solo un paso más, que hay que aplaudir, para no vernos sorprendidos en el futuro mediato del arbitraje de inversiones, sin embargo, esto no es suficiente si en las entidades estatales todavía no saben de qué se trata este arbitraje.

El arbitraje internacional de inversiones debe evolucionar, debe resucitar aun más fuerte en el ámbito internacional, so pena de que los Estados encuentren otra manera de dirimir los litigios. Existen prácticas para la prevención de diferendos que deben ser adoptadas de manera sistemática. Las reglas de juego a nivel interno deben ser claras, si el inversionista tiene seguridad de que existe una entidad a la que puede dirigirse, con interlocutores calificados para discutir las diferencias antes de llegar al arbitraje, se podrá evitar futuras condenas o procedimientos innecesarios. Este nuevo periodo de aprendizaje del Estado, con sus entidades, debe pasar por una comunicación más estrecha entre los distintos órganos para evitar que una Entidad tome medidas susceptibles de violar compromisos internacionales, perjudicando a un inversionista extranjero. En algunos países, por ejemplo, se incentiva desde el comienzo de cualquier negociación con el inversionista a que un representante de la oficina del Procurador General esté presente¹⁰³. En Colombia se ha comenzado a dar un buen ejemplo a nivel internacional para la coordinación de los distintos entes estatales para que un solo ente nacional reúna y establezca las pruebas pertinentes y que interesen al Estado. Este ente se encargará de recibir las notificaciones de diferendos, coordinar las consultas respectivas y representar al Estado en el eventual procedimiento arbitral¹⁰⁴.

102 PAUWELYN, Joost. (Octubre de 2012). *Faire face à la complexité croissante des traités d'investissement: Cadres et Conseils politiques*. EN: *Investment treaty news. Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*. No. 1, V.3., p.5-6. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf

103 *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes*. Op; cit., p. 72 y ss.

104 *Ibid.*, p. 84-90.

También resulta importante identificar cuáles son los sectores sensibles que podrían verse afectados por la conclusión de tratados. En efecto, existen algunos tipos de contratos en cada país que revisten una particular importancia y que se encuentran en el centro de la mayoría de diferendos de los inversionistas extranjeros (contratos de concesión, de obra pública, explotación de hidrocarburos, etc.). Cuando el Estado identifica de manera clara estos sectores sensibles, puede proceder a la aplicación de medidas preventivas para evitar violaciones a los compromisos internacionales¹⁰⁵.

Existen otras prácticas recomendables que en ciertos eventos han sido acogidas en los tratados celebrados por Colombia y que tiene que ver con el agotamiento de otros recursos a nivel interno antes de acudir al arbitraje, como por ejemplo el tratado entre Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa¹⁰⁶. Esto permite proteger algunos sectores de especial relevancia para el gobierno, imponiendo el requisito de acudir primero a las cortes locales.

De igual manera, deben existir funcionarios con los poderes suficientes para llevar negociaciones con los inversionistas y otorgarles autorizaciones presupuestales que les permitan hacer uso del dinero público. Estas autorizaciones suelen existir cuando entidades son condenadas por tribunales nacionales, aunque no necesariamente por compensaciones a raíz de un procedimiento arbitral internacional. Uno de los inconvenientes para las entidades es saber quién deberá pagar la suma en caso de indemnización al inversionista, si la entidad involucrada en la violación, el organismo encargado de la negociación o el organismo responsable de la defensa del Estado¹⁰⁷.

Otra medida adecuada para prevenir los conflictos es la existencia de un mediador independiente e imparcial o una oficina encargada de funciones de mediación designada por el gobierno o por el poder legislativo y que ejerza funciones de vigilancia; un interlocutor institucional que se pueda encargar de los

conflictos que apenas están surgiendo, lo cual puede materializarse en un ahorro de tiempo y dinero antes de que el problema se agrave. Un buen ejemplo de esta figura se encuentra en la República de Corea en donde existe una organización sin ánimo de lucro que tiene como objetivo ayudar a los inversionistas y mejorar el ambiente de inversión en el país. Entre el año 2000 y el 2007 el KOTRA recibió más de 3.200 reclamaciones en distintos sectores industriales. En el 2007, 298 reclamaciones fueron resueltas por expertos locales, lo cual constituyó un 80,5 por ciento de las reclamaciones presentadas ese año¹⁰⁸.

Las soluciones negociadas pueden darse aun después de que la demanda arbitral haya sido interpuesta. A pesar de que no existen cifras exactas sobre el número de casos que han terminado por transacción dado el carácter confidencial de la mayoría de negocios, se estima que al año 2008, se abandonó el procedimiento en 48 casos al haberse llegado a una solución negociada. Se estima que un 30% de los casos registrados ante el CIADI hasta el año 2005 fueron solucionados gracias a la negociaciones entre las partes¹⁰⁹. Un ejemplo es el caso CIADI entre *Western NIS Enterprise Fund y Ucrania* en el 2006, el cual fue abandonado después de que las Partes llegaran a un acuerdo¹¹⁰.

2.2.2 Consecuencias de la figura en Colombia

Las implicaciones de esta nueva clase de arbitraje pueden ser enormes para el país. En el año 2006, las pretensiones de los 30 casos pendientes ante el CIADI que involucraban a la República de Argentina, por las medidas tomadas durante la crisis económica de 2001, se estimaban en una suma de US\$17 billones, lo cual equivalía al presupuesto entero anual del gobierno sudamericano¹¹¹. A finales del 2008, Argentina debía US\$1.150 millones de dólares por laudos proferidos en su contra¹¹². Esto sin olvidar el caso comentado en este escrito

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 80-82.

¹⁰⁶ Tratado entre Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa. Artículo XII. <http://www.cancilleria.gov.co/footer/juridicainternacional/tratados/inversion/suscritos>

¹⁰⁷ *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, p. 90-92.

¹⁰⁸ *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, p. 94-100.

¹⁰⁹ *Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. Op. cit.*, 104-105.

¹¹⁰ *Caso CIADI No ARB/04/2. Western NIS Enterprise Fund c/ Ucrania.*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 15.

¹¹² *EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. Op. cit.*, p.19.

sobre la República Checa, que fue condenada por un monto equivalente al presupuesto total de salud del gobierno y el doble del déficit del sector público del año 2003¹¹³.

A esto se suma otro acontecimiento, muchas firmas internacionales de abogados incentivan a empresas multinacionales a presentar demandas cuando se percatan de cambios políticos, económicos o sociales susceptibles de perjudicar a sus clientes. Por ejemplo, en el 2011 después de las revoluciones de la llamada “primavera árabe”, en Libia se puso de manifiesto las condiciones favorables para activar algunos tratados celebrados por este país dado que no habían podido salvaguardar la seguridad física y la protección de instalaciones y de personal de las multinacionales. Otro ejemplo ocurrió en el 2012, cuando India autorizó la venta de un medicamento genérico, más barato que otro medicamento que estaba patentado, lo cual llevó a una firma de abogados a sugerir a los dueños de los medicamentos patentados que existía un escenario propicio para la presentación de demandas, en virtud de los tratados concluidos por India. De manera general, los cambios de regulación realizados por los Estados en materia social y de derechos humanos¹¹⁴, de medio ambiente¹¹⁵, salud pública, seguridad social o creación de nuevos impuestos, han sido considerados como eventos constitutivos de eventuales demandas por violación a los tratados de inversión; en ocasiones, las demandas de inversión son utilizadas solo como medio para presionar a los gobiernos para que cambien sus políticas públicas¹¹⁶.

El arbitraje de inversiones debe evolucionar y reequilibrar la balanza. Sin embargo, esto no se logrará a través de una reforma del CIADI, poco probable, ya que todos los Estados miembros deben tomar la decisión unánimemente. El CIADI maneja reglas que conciernen al procedimiento

arbitral, pero no puede crear leyes sobre las cuales los tribunales deban basar sus decisiones. El verdadero cambio radica en los términos de los tratados de inversión¹¹⁷ y la buena práctica del arbitraje de inversiones a nivel interno.

La posición de algunos países latinoamericanos de crear una nueva instancia internacional de inversiones, que compita con el CIADI, es problemática, pero debe sopesar la necesidad de un sistema más justo que logre mejorar, al mismo tiempo los niveles de desarrollo impulsando el crecimiento de la empresa extranjera en el territorio¹¹⁸. El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Comunidad Andina no han logrado imponerse y un nuevo organismo requeriría posicionarse como una mejor opción a la planteada por el CIADI. Las dificultades de implementar tal mecanismo serían grandes y demoradas ya que implicaría para los Estados parte renunciar al CIADI, denunciar la Convención y comenzar un nuevo periodo de negociaciones en donde se incluyera en los tratados una nueva institución arbitral.

Para Colombia esto no parece ser una opción debido a que en este momento hacemos parte de ese bloque que quiere celebrar tratados de libre comercio y de inversión y que acepta al CIADI como Centro de resolución de conflictos. ¿Condena o indulto al arbitraje internacional de inversiones? Ni la una ni la otra. ¿Hay que abandonar el sistema CIADI? No. ¿Se requieren cambios bajo el sistema CIADI? Si. ¿Se puede contemplar otros escenarios de arbitraje de inversiones por fuera del CIADI? Si, aunque también se puede aprovechar su experiencia. El arbitraje de inversiones puede brindarle más legitimidad al sistema estatal, lo importante yace en darse cuenta de que la autonomía privada y los intereses económicos no deben siempre prevalecer sobre los intereses públicos, es necesario conciliar las ventajas de la flexibilidad y la confidencialidad del arbitraje de inversiones, con las exigencias de legitimidad de las decisiones que tocan el interés público¹¹⁹.

113 SKOVGAARD POULSEN, Lauge N. *Op. Cit.*, p. 15.

114 Caso CIADI No ARB/10/25. *Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangani Development Co. (Private) Limited c/ República de Zimbabue*. Igualmente: Caso CIADI No ARB/10/15. *Bernhard von Pezold y otros c/ República de Zimbabue*.

115 Caso CIADI No ARB/12/12. *Vattenfall y otros c/ Alemania*. (Pendiente). Igualmente : Caso CIADI No ARB/09/6. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c/ Alemania*. Laudo marzo 11 de 2011.

116 EBERHARDT, Pia & OLIVET, Cecilia. *Op. Cit.*, p.24-25-26.

117 WICK, Diana Marie. (2012). *The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change*. EN: *The Journal of International Business & Law*, p.288-289. Disponible en: http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/jibl/jibl_volxii_icsid_wick.pdf

118 FACH GOMEZ, Katia. *Op. cit.*, p.47-48.

119 BESSON, Samantha. (2005). *La légitimité de l'arbitrage d'investissement*. *Jusletter*, p. 15-16. Disponible en: http://doc.rero.ch/record/28136/files/La_l_gitimit_de_L_arbitrage_

Se requiere ayudar a los países receptores de la inversión a desarrollar y mejorar su sistema judicial y político para encontrarse en igualdad de condiciones con las potencias mundiales, la posibilidad de una instancia internacional de cooperación no debería descartarse¹²⁰. Los países también deben ayudarse a ellos mismos, las demandas contra Colombia llegarán y seguramente el Estado será condenado a pagar compensaciones importantes en algunos casos, no por esto el arbitraje internacional de inversión perderá su legitimidad, pero por lo menos tenemos que buscar que las decisiones sean en lo posible predecibles, con el fin de que el sistema goce de credibilidad y de que los inversionistas y el Estado tengan absoluta claridad sobre las reglas de juego.

CONCLUSIÓN

La Convención de Washington y el CIADI conservan grandes ventajas y una de ellas, no despreciable, es la facilidad de la ejecución del laudo arbitral. Sin embargo, la ejecución de laudos CIADI se enfrentará a diversas problemáticas a nivel interno, como la posibilidad de que los tribunales arbitrales de inversión conozcan de las decisiones tomadas por entidades estatales sobre el fundamento de las potestades excepcionales, gracias a los términos de los tratados, o la gran incertidumbre del arbitraje en Colombia por las decisiones de la Corte Constitucional, que aun en momentos en los cuales existe un recurso de anulación ante el Consejo de Estado ha decidido pronunciarse, apoyándose de la acción de tutela, respecto de laudos que involucran a entidades estatales; a pesar de la prohibición de realizar revisiones sobre el fondo del laudo y el gran golpe que resulta para el arbitraje nacional o internacional permitir que la acción de tutela

tumbe laudos, existiendo recursos legales para atacarlos¹²¹.

Los retos del sistema de arbitraje de inversiones y en particular del sistema CIADI son cada vez más numerosos y antes de buscar un reemplazo, a favor de otras instituciones, debemos aprender a jugar con la que tiene más experiencia. Los problemas que se plantean no radican solo en los términos de la Convención de Washington o en las decisiones de los tribunales internacionales de arbitraje, el problema radica igualmente en los términos negociados en los tratados, el desconocimiento de este arbitraje en el país, la cooperación interna de las instituciones para enfrentarlo y la inseguridad jurídica interna alrededor de la ejecución del laudo y las reglas de arbitrabilidad. Si Colombia aceptó y decidió entrar en este nuevo campo de guerra, debe preparar todas sus armas para no verse sorprendida, como lo muestra la experiencia de otros países del mundo.

121 Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. Febrero 2 de 2009. Ver igualmente: Corte Constitucional. Sentencia T-225 de marzo 23 de 2010. Finalmente: Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013. Mayo 20 de 2013.

international_d_investissement.pdf p. 15-16.

120 Ibid., p. 17 y ss. La autora propone como medidas de asistencia internacional la creación de tribunales internacionales de inversión según las materias y las regiones implicadas lo cual para la autora podría ser más apto que un tribunal CIADI o TLCAN. Plantea igualmente el establecimiento de un Consejo democrático internacional para ayudar a remediar las debilidades de las instituciones judiciales y políticas nacionales, un Fondo Democrático Internacional de Garantía de las Inversiones como fondo suplementario e independiente de las garantías contractuales y financieras propuestas por las Partes al Acuerdo de Inversión y finalmente un Dividendo de Recursos Global para que una parte de los beneficios de un contrato de inversiones pueda ser reinvertido en el interés de los más pobres.

BIBLIOGRAFÍA

- Audit, Bernard. (2010). Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales hors CIRDI. En L.G.D.J. (Ed.), *La Procédure Arbitrale Relative aux Investissements Internationaux*. Bélgica.
- Blackaby, Nigel. (2005). El Contrato de Arbitraje. En Legis (Ed.), *El arbitraje según los tratados de inversión y los capítulos de inversión en los tratados de libre comercio*. Colombia.
- Bernardini, Piero. (2009). Liber Amicorum Bernardo Cremades. *ICSID Versus NON-ICSID Investment Treaty Arbitration*. En M.A. Fernández-Ballesteros y D. Arias, La Ley (Ed.).
- Besson, Samantha. (2005). La légitimité de l'arbitrage d'investissement. *Jusletter*. Disponible en: http://doc.rero.ch/record/28136/files/La_l_gitimit_de_l_arbitrage_international_d_investissement.pdf
- Burgos-De la Ossa, María Angélica & Lozada-Pimiento, Nicolás. (2009). La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15.
- CNUCED. Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement. (2010). Différends entre investisseurs et État : Prévention et modes de règlement autres que l'arbitrage. New York y Ginebra.
- Eberhardt, Pia & Olivet, Cecilia. (2012). Cuando la injusticia es negocio. Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones. En Helen Burley (Ed.). Bruselas-Ámsterdam.
- Fach Gomez, Katia. (2010). Latin America and ICSID : David versus Goliath ?. *Universidad de Zaragoza*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708325
- Guzman, Andrew T. (1997-1998). Why LDC's Sign Treaties That Hurt Them : Explaining The Popularity Of Bilateral Investment Treaties. *Berkeley Law*. 38 VA J. Int'l L. 639.
- Hallward-Driemeier, Mary. (2003). Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite. *World Bank, DECRG*.
- History of the ICSID Convention. (1964). Informe del Presidente Broches del 9/7/1964. Vol. IV.
- Neumayer, Eric & Spess, Laura. (2005). Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?. *London School of Economics and Political Science*, UK.
- Nziramasanga, Mudziviri, S. Inaba, Frederick & Shreay, Sanatan. (2011). Do Bilateral Investment Treaties Deliver the Goods? Evidence from Developing Countries. *Review of Applied Economics*. Vol. 7, No. 1-2.
- North American Free Trade Agreement. (2001). Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions. *NAFTA Free Trade Commission*.
- Orjuela, Carlos García. Senador de la República de Colombia. Ponencia presentada al Congreso durante los debates sobre el tratado de libre comercio. (2005). *Competencias del Congreso de la República en Materia de Tratados Internacionales Procedimiento y Características de la Aprobación de Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Colombiano*.
- Reed, Lucy; Paulsson, Jan; y Blackaby, Nigel. (2004). *Guide to ICSID Arbitration*. London. En Kluwer Law International.
- S. Tondapu, Gautami. (2010). International Institutions and Dispute Settlement :The Case of ICSID. *Bond Law Review*. V. 22, 1.1. Artículo 4.
- Skovgaard Poulsen, Lauge N. (2011). Sacrificing Sovereignty by chance : Investment treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality. *The London School of Economics and Political Science*. Disponible en: <http://etheses>.

- lse.ac.uk/141/1/Poulsen_Sacrificing_sovereignty_by_chance.pdf
- Linetsky, Andrés Jana & Klein Kranenberg, Johanna. (2008). La convención de Nueva York y el CIADI Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales bajo la Convención de Washington. En Abeledo Perrot (Ed.). *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Tawil, Guido Santiago & Zuleta, Eduardo. Buenos Aires.
 - Tobin, Jennifer & Rose-Ackerman, Susan. (2003 y 2005). Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: the Impact of Bilateral Investment Treaties. *The William Davidson Institute at the University of Michigan Business School*. Working Paper Number 587.
 - Tobin, Jennifer & Rose-Ackerman, Susan. (2006). Bilateral Investment Treaties: Do They Stimulate Foreign Direct Investment?. *Yale University*. Disponible en: http://s3.amazonaws.com/zanran_storage/www.upf.edu/ContentPages/822485.pdf
 - Dispute Settlement. International Center for Settlement of Investment Disputes. New York y Ginebra. (2003). *United Nations Conference on Trade and Development*.
 - US. Embassy – Bogotá Colombia. (2011). An Overview of Arbitration in Colombia for U.S. Companies. *Council of American Enterprises Colombian American Chamber of Commerce*. Disponible en: http://export.gov/colombia/static/Report%20-%20Arbitration%20in%20Colombia%20-%20final%206-1-11_Latest_eg_co_033097.pdf
 - Van Harten, Gus. (2010). Five Justifications for Investment Treaties: A Critical Discussion. *Trade, Law and Development*. Vol. 2, No 1.
 - Van Os, Roos & Knottnerus, Roeline. (2011). A gateway to « treaty shopping » for investment protection by multinational companies. En SOMO (Ed.). *Dutch Bilateral Investment Treaties*. Amsterdam.
 - Villegas Carrasquilla, Lorenzo. (2011). Debates en torno al consentimiento al acuerdo arbitral por el Estado en el arbitraje internacional de inversiones. En Grupo Editorial Ibáñez (Ed.). *Tratado de Derecho Arbitral*. Bogotá, 2011.
 - Vincentelli, Ignacio. (2009). The Uncertain Future of ICSID in Latin America. *Selected Works*. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348016
 - Wick, Diana Marie. (2012). The Counter-Productivity of ICSID Denunciation and Proposals for Change. *The Journal of International Business & Law*. Disponible en: http://law.hofstra.edu/pdf/academics/journals/jibljiblj_volxii_icsid_wick.pdf
- ARTÍCULOS DE PRENSA**
- El Tiempo. “Es aberrante fungir como inversionista extranjero”. Martes 2 de julio de 2013, p. 12.
 - El Ciudadano. (27 de mayo de 2013). Le Président Correa critique les traités d’investissements réciproques pour porter atteinte aux États. *El Ciudadano*. Disponible en: http://www.elciudadano.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=42377:le-president-correa-critique-les-traites-dinvestissements-reciproques-pour-porter-atteinte-aux-etats&catid=68:francais&Itemid=109
 - Investment treaty news - Nouvelles en Bref. (2012). L’Afrique du Sud a pesé les risques et les bénéfices des TBI. *Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*. No. 1., V.3. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf
 - Leon, Peter; Veeran, Jonathan; & Warmington, Erin. (5 de octubre 2012). South Africa Declines To Renew Bilateral Investment Treaties With European Union Member States. *Mondaq*. Disponible en: <http://www.mondaq.com/x/199586/>

- [international+trade+investment/outh+Africa+Declines+To+Renew+Bilateral+Investment+Treaties+With+European+Union+Member+States](#)
- Monichino, Albert & Fawke, Alex. (Mayo de 2013). Australia and the Backlash against Investment Arbitration. *Barristers*. Disponible en : <http://barristers.com.au/news-resources/recent-publications/>
 - Olivet, Cecilia. (Abril de 2013). Report from Latin America and Caribbean governments meeting on investment regime, in Guayaquil, Ecuador. *Network for Justice in Global Investment. Instituto Transnacional*. Disponible en: <http://justinvestment.org/2013/05/report-from-latin-america-and-caribbean-governments-meeting-on-investment-regime-in-guayaquil-ecuador/>
 - Pauwelyn, Joost. (Octubre de 2012). Faire face à la complexité croissante des traités d'investissement: Cadres et Conseils politiques. *Investment treaty news. Un journal trimestriel sur le droit et la politique des investissements dans la perspective du développement durable*. No. 1., V.3. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_october_2012_fr.pdf
 - Rueda, José Ángel. (30 de junio de 2013). South Africa denounces BIT with Spain. *Africa International Legal Awareness*. Disponible en: http://blogaila.com/2013/06/30/south-africa-denounces-bit-with-spain-by-jose-angel-ueda/?goback=%2Egde_3937212_member_254309662
 - S. Bhushan Puneeth Nagaraj. (Enero 6 de 2013). Need to align bilateral investment treaty regime with global reality. *The Hindu*. Disponible en : <http://www.thehindu.com/business/companies/need-to-align-bilateral-investment-treaty-regime-with-global-reality/article4276916.ece>
 - Trew, Stuart. (Mayo 8 de 2013). Latin American countries pushing back against investor 'rights' in trade deals. *Rabble*. Disponible en: http://rabble.ca/blogs/bloggers/council-canadians/2013/05/latin-american-countries-pushing-back-against-investor-igh?goback=%2Egde_3948480_member_240832431
 - Wolfrey, Sean. (Marzo 6 de 2003). South Africa's new investment policy framework and protection for SA firms investing abroad. *Tralac-Trade Law Center*. Disponible en: <http://www.tralac.org/2013/03/06/south-africas-new-investment-policy-framework-and-protection-for-sa-firms-investing-abroad/>

TRATADOS Y ACUERDOS

- Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá.
- Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones entre el Reino Unido e Irlanda del Norte y Egipto. Londres, 11 de junio de 1975.
- Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia. Acuerdo de Complementación Económica ACE No. 24 suscrito entre Colombia y Chile, el 6 de diciembre de 1993. Derivado del ACE No. 24 en desarrollo a lo establecido en el artículo 20, Capítulo X, Colombia y Chile suscribieron el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, el 20 de enero de 2000.
- Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones.
- Acuerdo sobre promoción y protección

recíproca de inversiones entre Perú y Colombia.

- Acuerdo de Promoción y Protección recíproca de inversiones entre la Confederación Suiza y Colombia.
- Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular de China.
- Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre Colombia y la República de la India
- Acuerdo entre Colombia y la República de Corea suscrito el 21 de febrero de 2013.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Reino Unido Gran Bretaña e Irlanda del norte y la República de Colombia. APPRI firmado el 17 de Marzo de 2010.
- Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de inversiones entre Japón y Colombia.
- Acuerdo entre Colombia y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa.
- Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica.
- Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea
- Acuerdo de Asociación Económica entre Colombia y Japón.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o convención de New York de 1958.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados o Convención de Washington de 1965.
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o Convención de Panamá de 1975.
- Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre el gobierno de Canadá, México y

Estados Unidos. Diciembre 17, 1992.

- TLC Estados Unidos-Colombia.
- TLC México-Colombia-Venezuela.
- TLC Colombia - El Salvador - Guatemala - Honduras.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional. Sentencia C-750/08.
- Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia C-608/10.
- Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-309 de 2007.
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-008 de 1997 y C-961 de 2003.
- Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-150 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009. Febrero 2 de 2009.
- Corte Constitucional. Sentencia T-225 de marzo 23 de 2010.
- Corte Constitucional. Sentencia C-199 de 2012.
- Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013. Mayo 20 de 2013.
- Casos CIADI
- Caso CIADI No. ARB/76/1. Gabón contra la Societé de Serete S.A.
- Caso CIADI No ARB/07/03. Gobierno de la Provincia de East contra PT Kaltim Prima Coal y otros.
- Caso CIADI No ARB/02/18. Tokios Tokelés c/ Ucrania..
- Caso CIADI No ARB/97/7. Maffezini (Emilio Agustín) c/ España. Decisión de jurisdicción, 25 de enero de 2000.
- Caso CIADI No ARB/02/3. Aguas del Tunari c/ Bolivia. Decisión de objeciones de jurisdicción 2005.
- Caso CIADI No ARB(AF)/00/2. Técnicas Medioambientales Tecmed SA c/ México. Laudo de mayo 29 de 2003.

- Caso CIADI No ARB/01/7. MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA c/ República de Chile. Laudo de mayo 25 de 2004.
- Caso CIADI No ARB/02/8. Siemens AG c/ Argentina. Decisión de Agosto 3 de 2004.
- Caso CIADI No ARB/02/13. Salini Costruttori SpA y Italstrade SpA c/ Jordania. Decisión de noviembre 15 de 2004.
- Caso CIADI No ARB/03/24. Plasma Consortium Ltd c/ República de Bulgaria. Decisión de Febrero 8 de 2005.
- Caso CIADI No ARB/ 07/17. Impregilo S.p.A. c/ Argentina.
- Caso CIADI No. ARB/07/31. Hochtief Aktiengesellschaft c/ Argentina.
- Caso CIADI No ARB/98/2. Víctor Pey Casado y President Allende Foundation c/ Chile.
- Caso CIADI No ARB/03/16. ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c/ República de Hungría.
- Caso CIADI No ARB/05/15. Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c/ República Árabe de Egipto.
- Caso CIADI No ARB/04/2. Western NIS Enterprise Fund c/ Ucrania.
- Caso CIADI No ARB/10/25. Border Timbers Limited, Border Timbers International (Private) Limited, y Hangan Development Co. (Private) Limited c/ República de Zimbabue.
- Caso CIADI No ARB/10/15. Bernhard von Pezold y otros c/ República de Zimbabue.
- Caso CIADI No ARB/12/12. Vattenfall y otros c/ Alemania. (Pendiente).
- Caso CIADI No ARB/09/6. Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c/ Alemania. Laudo marzo 11 de 2011.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI-. Carga de Casos del CIADI-Estadísticas. Edición 2013-1.

**EL PRINCIPIO DE IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LOS
DELITOS DE LESA HUMANIDAD Y SU APLICACIÓN
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. UN
ESTUDIO DESDE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA
INTERPRETACIÓN JURÍDICA***

**THE PRINCIPLE OF APPLICABILITY OF CRIMES
AGAINST HUMANITY AND ITS APPLICATION IN THE
COLOMBIAN LEGAL SYSTEM. A STUDY FROM THE
HUMAN RIGHTS AND LEGAL INTERPRETATION**

**O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE DE CRIMES
CONTRA A HUMANIDADE E SUA APLICAÇÃO
NO ORDENAMENTO JURÍDICO COLOMBIANO.
UM ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS E DA
INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**

Omar Huertas Díaz^a

ohuertasd@unal.edu.co

Fecha de recepción: 23 de Septiembre 2014

Fecha de revisión: 25 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 23 de Octubre 2014

RESUMEN

El trabajo que se presenta a continuación, busca abordar el desarrollo del principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y la incidencia que éste trae para la transformación de las investigaciones penales en Colombia, a partir del progreso del Derecho Penal Internacional. El lector encontrará una división claramente definida en el documento: al iniciar se encontrará con el desarrollo del Derecho Penal Internacional junto con la evolución del mismo a partir de las experiencias dejadas por las Guerras Mundiales del siglo XX y otros hechos de impacto mundial, la creación del concepto de delitos internacionales y de los delitos de lesa humanidad para finalizar con una aproximación

** Este artículo de investigación es resultado de la reconstrucción del estado del arte y el avance de la investigación del Doctorado en Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia. Está vinculado al Grupo de Investigación "Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE UN" de la Universidad Nacional de Colombia, actualmente registrado con el Código COL0078909 en Colciencias. Línea de investigación: Derecho Penal Internacional.*

a. Abogado, Profesor Asociado, Especialista en Derecho Penal y Candidato a Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Ph.D © en Ciencias de la Educación, Universidad Simón Bolívar. Mg. en Derecho Penal Universidad Libre, Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica Universidad de Alcalá, España. Mg. en Educación Universidad Pedagógica Nacional. Socio de la Fundación Internacional de Ciencias Penales FICP. Miembro de honor de la Fundación de Victimología. Miembro Honorario Asociación Colombiana de Criminología. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.co

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Internacionales
Núm. 7, Año 2014
enero-diciembre, pp. 199-227.
ISSN 1794-600X

de la imprescriptibilidad de este tipo de punibles internacionales. La segunda parte estará centrada en la relación de los derechos fundamentales como punto de partida en la interpretación del principio de imprescriptibilidad, los modernos Estados de Derecho y los delitos de lesa humanidad; en la tercera parte, se estudiará las consecuencias de esta relación entre la ley, los derechos y los delitos de lesa humanidad. Para finalizar se presentará una análisis sobre la incidencia que trae la aplicación del principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad en el ordenamiento jurídico colombiano, máxime en la actual crisis de derechos que se desarrolla en nuestro país, en atención al conflicto bélico interno que se desarrolla hace más de 60 años.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal Internacional, principio de imprescriptibilidad, delitos de Lesa Humanidad, Derechos Humanos.

ABSTRACT

This study seeks to address the development of the principle of applicability of crimes against Human Rights and the impact it brings to the transformation of criminal investigations in Colombia, from the progress of international criminal law. The reader will find a clear-cut division in the document in the beginning you will find the development of international criminal law with its evolution from the experiences left by the World Wars of the twentieth century and other events of global impact, creating the concept of international crimes and crimes against humanity to end with an approximation of the applicability and imprescriptibility of this type of international punishment; the second part will focus on the relationship of fundamental rights as a starting point in the interpretation of the principle of applicability, the modern state of law and crimes against humanity; in the third part, the consequences of this relationship between law, rights and crimes against Human Rights will be studied. An entry on the incident that brings the principle of applicability of crimes against humanity in the Colombian legal system, especially in the current human rights crisis-taking place in our country, will be presented for completion in attention to internal armed conflict that has developed for more than 60 years.

KEY WORDS

International Criminal Law, Principle of Applicability, Crimes Against Humanity, Human Rights.

RESUMO

O trabalho apresentado a seguir pretende abordar o desenvolvimento do princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade e o impacto que isso traz para a transformação das investigações criminais na Colômbia, a partir do progresso do Direito Penal Internacional. O leitor encontrará uma divisão clara no documento: ao início, encontrará o desenvolvimento do direito penal internacional com sua evolução a partir das experiências deixadas por guerras mundiais do século XX e outros eventos de impacto global, a criação do conceito de crimes internacionais e crimes de lesa humanidade, para concluir com uma aproximação da aplicabilidade deste tipo de punição internacional internacionais. A segunda parte incidirá sobre a relação dos direitos fundamentais como um ponto de partida para a interpretação do princípio da imprescritibilidade, o moderno Estado de Direito e crimes de lesa humanidade; na terceira parte, as consequências dessa relação entre lei, direitos e crimes de lesa humanidade são consideradas. Para finalizar será apresentada uma análise sobre o impacto que traz a aplicação do princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no sistema jurídico colombiano, especialmente na crise atual dos direitos que se realiza no nosso país, em resposta ao conflito armado interno que ocorre há mais de 60 anos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal Internacional, princípio da imprescritibilidade, crimes de Lesa Humanidade, os Direitos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Colombia, desde el mismo nacimiento como Estado independiente, ha sufrido de una fuerte lucha por el poder, lo que se ha traducido en violencia por mantenerlo. Esta lucha de clases, de intereses, de culturas, de economías, sufrió una transformación desde el proceso político vivido en las décadas de los años 30 y 40 del siglo XX, en donde el pertenecer a uno de los partidos

políticos tradicionales era causal de agresión de los miembros del otro grupo. Dicha violencia política llevó a que sectores de oposición de los diferentes gobiernos de turno, conformaran grupos guerrilleros con clara tendencia de izquierda, quienes vieron en la toma de las armas una opción válida que justificaba la lucha por los cambios sociales que se reclamaban. Así mismo, nacieron los grupos políticos opositores, también con influencia ideológicas de izquierda, quienes vieron en el activismo político una forma válida de participación y discusión sobre los cambios que debían generarse al interior del Estado colombiano, los cuales permitieran cerrar la brecha socio-económica que se estaba generando, una distribución equitativa de los recursos y los demás cambios que permitieran una igualdad real entre las personas.

Con el transcurrir del tiempo, esas luchas armadas y políticas, no dieron el resultado propuesto por los actores que los profesaban. Al contrario, los partidos políticos tradicionales, junto con la clase dirigente y de predominación económica, crearon una sostenibilidad de los mismos a través de las instituciones estatales. Basta ver la creación del Frente Nacional, solución que dieron los partidos tradicionales colombianos para frenar la violencia que ellos mismos habían generado. Sin embargo, esta solución sólo permitió la permanencia de éstos en el poder. No cesó la violencia. La solución realmente lo que hizo fue relegar a los demás actores sociales y políticos dando como consecuencia el fortalecimiento de los grupos guerrilleros existentes, además de la creación de nuevos grupos insurgentes.

Fue para la década de los años 80 cuando las luchas violentas tomaron el rumbo que hoy en día aún mantienen. Con la entrada del tráfico de drogas ilegales a Colombia, y con ello la lucha por el control de sectores geográficos, de producción y exportación de éstas, entran nuevos grupos a jugar en esa violencia. Nacen así los denominados “carteles del narcotráfico”, grupos que no sólo generaron influencia a nivel político sino que también conformaron “alas” armadas como ejércitos personales. Es decir, otro grupo armado ilegal, con intereses particulares.

De la mano y financiados por los recientes carteles del narcotráfico, se crean los grupos paramilitares cuyo único objetivo sería proponer la lucha armada en contra de la guerrillas en

el territorio colombiano, bajo una postura de defensa de los intereses de las personas que se veían afectadas por el actuar de dichos grupos armados de izquierda. Así, inicia para Colombia, la violencia sistemática que hasta el día de hoy se mantiene, en donde se buscó la exterminación de todas aquellas personas que fueran opositoras de las políticas del gobernante de turno o de los intereses económicos de la clase dominante, ya fueran éstas miembros de grupos políticos o sólo por manifestar seguir las ideologías que profesaban sobre los cambios sociales que reclamaban dichas organizaciones. Al mismo tiempo, las guerrillas alzadas en armas continuaban en su actuar por fuera del Derecho, transformando su lucha y su forma de financiación al encontrar en el narcotráfico un sector económico a explotar debido a que su fabricación y distribución eran una fuente de obtención de recursos muy importante.

Aunque el panorama social, político y económico de Colombia no era el mejor, de forma alterna el Estado colombiano inicio un proceso de protección de los derechos humanos. La suscripción por parte de Colombia de diferentes tratados de derecho internacional de los derechos humanos, tales como la Convención para la Prevención del Delito de Genocidio (ONU, 1948), las cuatro Convenciones de Ginebra (ONU, 1949), la convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los Apátridas (ONU, 1951), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del mismo año, Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (ONU, 1984), los Protocolos I y II (1977) adicionales a las Convenciones de Ginebra, la Convención Sobre los Derechos del Niño (ONU, 1989), el Estatuto de Roma y la creación de la Corte Penal Internacional (ONU, 1998), así como los tratados regionales sobre la misma materia como la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”(1995), entre otras; reflejaban la iniciativa de crear una voluntad política de protección por parte del Estado colombiano hacía los civiles y los combatientes del conflicto, era un paso para poner

fin a la violencia vivida en el largo transcurrir de esos años de guerra interna.

Un proceso muy parecido al que se vivió en el mundo entero después de los nefastos resultados que arrojaron las dos guerras mundiales, en especial en la segunda de ellas. Es claro que con la caída de régimen Nazi en Alemania, y con la crisis humanitaria dejada por éste durante su permanencia, los países entienden que se debe crear un fuerte régimen legislativo internacional que permitiera la intervención de la comunidad internacional sobre las situaciones particulares en cada Estado, así como el cambio de paradigma del Estado, en donde, a partir de las obligaciones adquiridas a través de la ratificación de esa legislación internacional, éste debía generar garantías suficientes para la protección del ser humano, independiente de si se tratara de un ciudadano o un extranjero en su territorio.

De este modo nace la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en donde los Estados parte reconocen al ser humano como la máxima expresión y finalidad del Derecho, como también se comprometen a la protección del mismo y a garantizarle el respeto por los derechos que la misma Carta Internacional trae. De la misma manera, comienza una era de creación del marco internacional de diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos y la regulación de los conflictos bélicos entre Estados o en conflictos civiles internos, tal y como se señalará anteriormente al listar algunos de los convenios más importantes sobre la materia.

Si bien este *Corpus Iuris* de protección de los derechos del ser humano, regiría hacia el futuro, no pudiendo reparar las acciones ya acaecidas en la Segunda Guerra Mundial, el presente reclamaba también acciones sobre los hechos ya vividos durante el Holocausto. En la búsqueda de dar soluciones efectivas al nuevo reto que se enfrentaban los "Aliados" que combatieron a los nazis, nace entonces la Carta de Londres y con ella los principios y procedimientos que se llevarían dentro de los juicios en contra de los mandos nazis que participaron en la "solución final" de los judíos, opositores del régimen y combatientes. Las prácticas llevadas a cabo en estos tribunales, así como el reconocimiento de los tipos de delitos por los que se juzgaron a los mandos militares nazis, es el inicio del Derecho Penal Internacional (DPI),

continuado en el trasegar de los años 90 del siglo XX, con la constitución de los tribunales penales internacionales *Ad Hoc*, cuyo fin era el juzgamiento sobre la responsabilidad penal de dirigentes y miembros de grupos religiosos o étnicos, que causaron diferentes violaciones a los derechos humanos y que, al igual que con los miembros del partido nazi, se debían tomar medidas de carácter penal, aunque no instituidas con antelación, para sancionar tan atroces conductas que se generaron en la ex Yugoslavia desde 1991 o en Ruanda desde el 1 enero y hasta el 31 de diciembre de 1994.

De acuerdo con lo anterior, el Estado colombiano se enfrenta en la actualidad con una difícil situación en materia de lucha contra la impunidad por las acciones que se cometieron en estos largos años de conflicto: ¿Qué se debe hacer con los casos en que se hallen conductas que puedan ser tipificadas como delitos de lesa humanidad, pero que al momento de la comisión del punible en el Estado colombiano, dicha actuación no se podía considerar como infracción penal? De un lado se tiene el respeto por las bases en que se funda el Estado de Derecho así como del Derecho Penal, como son el principio de legalidad penal y el principio de la irretroactividad; y del otro se encuentran las obligaciones internacionales derivadas de los tratados sobre Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, de individualizar y juzgar a los autores y partícipes de acciones que configuren delitos contra la humanidad, de la misma manera de garantizar a las víctimas directas e indirectas de estos punibles, conocer la verdad sobre los hechos constitutivos del delito.

Lo anterior nace de la siguiente situación jurídica para Colombia: como ya se enunció, con el establecimiento del Tribunal Internacional de Núremberg a través del Acuerdo de Londres de 1945 y sus correspondientes principios, se crean los crímenes contra la humanidad, inicia el ciclo del Derecho Penal Internacional, una carrera que se concluyó con el Estatuto de Roma y la instauración y competencia de la Corte Penal Internacional en 1998, en donde quedaron tipificados los delitos de lesa humanidad así como los elementos que componen el tipo penal internacional. De la misma manera, en 1968, la Asamblea General de la ONU adoptó mediante resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre del mismo año, la Convención Sobre la

Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra de los Crímenes de Lesa Humanidad, misma que fue establecida por el Estatuto de Roma en su artículo 29. Del otro lado, en la legislación interna se tiene que sólo hasta la ley 589 de 2000 y después con la ley 599 de 2000, se tipificaron los delitos de genocidio y desaparición forzada en la legislación penal Colombia, y se creó un bien jurídico tutelado de protección a las personas que menciona el Derecho Internacional Humanitario.

Visto el contexto social, político y jurídico del Estado colombiano, en lo atinente a la violencia sistemática que se ha ejercido por parte de los grupos armados al margen de la ley y miembros del propio Estado en contra de los mismos grupos o frente a la población civil, que han generado delitos de lesa humanidad y el correspondiente principio de imprescriptibilidad de este tipo de crímenes, la pregunta que se buscará resolver es:

¿Cómo se debe aplicar el principio de imprescriptibilidad en los delitos de lesa humanidad en Colombia, teniendo en cuenta para ello los mandatos constitucionales y la realidad jurídica y política de nuestro país; con el propósito de juzgar a personas que realizaron conductas que en su momento no constituían estos tipos penales, pero que nacieron a la vida jurídica con posterioridad a la realización de las mismas, sin que se violenten garantías fundamentales de quien es procesado penalmente y así articularlas con los principios que orientan el Derecho Penal?

De la misma manera se genera otro cuestionamiento adicional y es si la Constitución Política colombiana, con el cambio de paradigma que surge a partir de adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, ofrece los instrumentos jurídicos que puedan dar una respuesta efectiva a la necesaria ponderación de derechos que suscita hablar de los mandatos de prohibición de imprescriptibilidad de las penas contenida en el artículo 28 Superior, del principio de legalidad penal y de la proscripción de la retroactividad de la ley penal *in mala partem*. Esto respecto de la obligación internacional del Estado sobre la lucha contra la impunidad en los crímenes contra la humanidad, respecto de la acción penal sobre delitos de lesa humanidad, cuando los mismos no se encontraban tipificados al momento de la comisión de dichas acciones antijurídicas.

Entonces, el presente trabajo defenderá dos hipótesis: una principal y otra subsidiaria. En la primera de ellas, la aplicación del principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad en Colombia debe darse atendiendo los preceptos constitucionales y la realidad jurídica y política de nuestro país, por lo que debe establecerse un punto medio y unas restricciones, a través de la dogmática del Derecho, para no vulnerar derechos fundamentales ni desnaturalizar el Derecho Penal y Procesal Penal colombiano.

Para realizar una ponderación que permita el juzgamiento penal de personas que incurrieron en delitos contra la humanidad, cuya realización se dio con anterioridad a la entrada en vigencia del tipo penal que lo prohibía, dando así cumplimiento al principio de imprescriptibilidad de estos delitos, ya sea derivado de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad o del Estatuto de Roma, se hace necesario reconceptualizar las garantías constitucionales del procesado, en especial a lo atinente al principio de legalidad penal y la prohibición de retroactividad de la ley penal *in mala partem*, utilizando para ello el principio de justicia universal, los derechos de las víctimas a conocer la verdad, la justicia y la reparación, todos ellos derivados de la misma Constitución.

Así las cosas, el escrito se desarrolla en tres partes: el desarrollo del Derecho Penal Internacional, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, de un lado; por el otro, una teorización de los derechos humanos, para lo cual se acudirá a la construcción de ésta a partir de la vista de diferentes autores; y por último, una análisis de las posibles teorías que se pueden utilizar para interpretar jurídicamente el cuerpo normativo nacional e internacional sobre el tema en discusión. En el aparte final del documento, presentaremos las conclusiones que se derivan del análisis de los instrumentos utilizados para la elaboración del mismo. Estas tres partes desarrollan así tres líneas de investigación que se hacen parte del programa del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, dando cumplimiento al trabajo académico del Examen de Calificación.

1. EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD. UN PUNTO DE PARTIDA

1.1. Planteamiento inicial

Con las cruentas guerras vividas en los primeros 50 años del siglo pasado, el mundo giró su mirada hacia los seres humanos, víctimas en último de sistemáticas y generalizadas violaciones a sus derechos durante dichos periodos de conflictos, razón por la cual el Derecho internacional reconoce una cierta subjetividad del ser humano (Carillo, 1999), quien deja de ser una parte desconocida para esta disciplina del Derecho, y entra a ser núcleo central para su protección. Dicha subjetividad es relativa, dado que no se aplica de la misma manera que al Estado, parte fundamental del Derecho internacional, pero que en desarrollo de la misma, se crea una serie de textos legales vinculantes para los Estados, y que contribuyen a la protección de hombres, mujeres, niños, niñas, etc., incluyendo normas que atribuyen hechos delictivos de manera individual y que generan así su responsabilidad (Lirola y Martín, 2001, 7-8).

Así surge el Derecho Penal Internacional, el cual se encuentra concebido como el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales para las acciones que atenten contra bienes jurídicos protegidos por normas de carácter internacional. En otras palabras, se trata de una combinación de principios de Derecho Penal y Derecho Internacional: La idea central de la responsabilidad individual y de la irreprochabilidad de una determinada conducta (macrocriminal) que proviene del Derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales (de Núremberg), en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como Derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de Derecho internacional (principio de la responsabilidad directa del individuo según el derecho internacional).

De la misma manera, se crea en la conciencia del Derecho Internacional que pueden existir hechos que por su impacto mundial y las aberrantes formas de ejecución de los mismos, necesitan ser tratados de manera distinta a otros punibles. De esta manera y después de

una conceptualización por parte de la dogmática penal, se logró definir que los delitos de lesa humanidad son independientes de los actos propios de la guerra, no siendo entonces necesario hablar de ellos en el marco de un conflicto bélico, y que constituyen dichos delitos los tipificados en el Estatuto de Roma así: El artículo 7°, establece que son acciones que configuran el punible: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de *apartheid*, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Con la correspondiente definición de los delitos de lesa humanidad, el Estado colombiano, bajo el ordenamiento jurídico vigente (pasado y presente), sólo acogió la tipificación de los delitos de lesa humanidad a través de normas que entraron en vigencia en el año 2000, pero existen conductas que pueden configurar este tipo de punibles, cometidas por actores armados participantes en el conflicto armado interno, que fueron realizadas con anterioridad a las ya mencionadas normas (leyes 589 y 599 de 2000), y que dentro de las actuales condiciones sociales (en donde una gran parte de la población, sin dejar de lado las víctimas directas e indirectas dejadas por la comisión de éstas acciones), busca no dejar impune a los autores y partícipes que tomaron parte en la realización de las conductas.

De lo anterior se puede concluir que la investigación que se desarrollará se justifica en la medida en que se hace necesario analizar las dos posturas que se generan en el caso: las de las víctimas y la población civil en general, respecto de la no impunidad, y de otro lado el respeto

por las garantías constitucionales del (de los) procesado(s) a no ser juzgado(s) sino por las acciones que constituían delitos previamente instituidos en un Código Penal, con vigencia de los mismos, así como que no se apliquen normas penales nuevas a casos pasados, para así poder entregar a la comunidad académica, científica y jurídica posibles soluciones al problema que se plantea, en especial a los operadores de justicia quienes, en última, son los llamados a resolver la situación.

1.2. El Derecho Penal Internacional y crímenes de lesa humanidad

Para iniciar la ardua labor propuesta, se hace necesario que abordemos el concepto sobre Derecho Penal Internacional. Así, Werle (2005), plantea que el Derecho Penal Internacional comprende todas las normas que fundamentan la punibilidad de individuos de forma directa en el Derecho Internacional, por tal razón, que una norma haga parte del Derecho Penal Internacional requiere que existan tres condiciones fundamentales: por un lado la norma debe describir un injusto imputable individualmente y amenazar con una pena como efecto jurídico; en segundo lugar la norma debe ser parte del ordenamiento jurídico internacional y por último la punibilidad debe existir con independencia de la recepción del tipo delictivo en el orden jurídico estatal. La primera condición corresponde al desarrollo dogmático de la teoría del delito y la constitucionalización del Derecho Penal, dado que explica el principio de legalidad en materia penal, propio de los Estados modernos; el segundo constituye una garantía, dado que la norma debe cobrar vigencia de acuerdo a los principios que rigen el Derecho Internacional Público; y el tercero, permite la persecución penal de las conductas que constituyen delitos internacionales, sin que exista el impedimento de su enjuiciamiento por ausencia de tipificación dentro del Estado donde se producen, o produjeron, los hechos investigados. Con la creación de estos nuevos delitos internacionales, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el genocidio y el crimen de agresión, se debe entender que éstos son crímenes de Derecho Internacional, también llamados crímenes fundamentales, crímenes de la más grave trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y que están sujetos a la competencia de la Corte Penal Internacional Werle (2005)

De esta manera, el objetivo de los crímenes de Derecho Internacional como nueva regulación, buscan la protección de la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional. El ataque a los intereses fundamentales de la comunidad internacional le da al delito una dimensión supranacional y lo convierte en un crimen de derecho internacional. Estos crímenes afectan a la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia el castigo de los crímenes de derecho internacional es una tarea de la comunidad internacional y, por esta razón, las normas de derecho penal internacional traspasan el "blindaje de la soberanía estatal". De este modo, su relación con los intereses de la comunidad internacional proporciona al derecho penal internacional su legitimidad específica. (Werle, 2005, 81). Así, al existir este fin, la relación con los más altos intereses de la comunidad internacional queda establecida en todos los crímenes de derecho internacional a través de un elemento común o (elemento internacional): Todos los crímenes de derecho internacional requieren un contexto de ejercicio de violencia sistemático o masivo; la responsabilidad por ejemplo de esta clase de violencia recae, por lo general, en un colectivo, normalmente en un Estado.

Es claro que las nuevas tendencias de criminalidad organizada que vive el mundo entero, aunado al terrorismo mundial permite hablar de un contexto de violencia global organizada que lleva a la realización de los crímenes contra la humanidad, a través de ataques generalizados y sistemáticos contra la población civil, elementos propios del delito de lesa humanidad. Se tiene entonces que para la realización de delitos contra la humanidad deben reunirse dos situaciones, en primer lugar actos individuales frente a una población específica o en un contexto social, económico, político definido, independiente de si se está en estado de guerra o en momentos de paz, y en segundo lugar que este hecho o hechos tengan un impacto global en la comunidad. Aquí resulta especialmente útil la comparación entre el hecho global y los hechos individuales para describir la estructura del crimen. En el genocidio, el contexto de violencia organizada consiste en la destrucción (intencionalmente buscada por el autor) total o parcial o de un grupo protegido. En los crímenes de lesa humanidad está desplazada la mente del autor, porque el hecho global se ubica a través del

impacto de las conductas desplegadas por el autor frente a la comunidad internacional.

Por otro lado, Pérez (2008) propone que el origen y desarrollo del Derecho Penal Internacional y la protección de los derechos humanos se encuentran estrechamente unidos. La raíz común se halla en el derecho internacional humanitario. Los derechos humanos (fuente de derechos individuales) y las normas del derecho penal internacional (fuente de responsabilidad individual) eran en un principio ajenos al derecho internacional tradicional centrado en el Estado. La catástrofe de la segunda guerra mundial ayudo a la progresión tanto del derecho penal internacional como de la protección de los derechos humanos. Con miras a la caracterización del individuo, el derecho penal internacional y la protección de los derechos humanos son dos caras de una misma moneda: cada persona natural es destinataria de derechos (humanos) y deberes (acciones u omisiones calificadas penalmente) internacionales. El derecho penal internacional es también un instrumento para la protección de los derechos humanos, reacciona ante las lesiones masivas de los derechos humanos fundamentales y ofrece una respuesta al fracaso de los mecanismos tradicionales de protección de los derechos humanos.

Entonces, el fin que busca proteger la prohibición de realización de los delitos del Derecho Penal internacional, junto con los ya mencionados intereses fundamentales de la comunidad internacional-la paz, la seguridad, y el bienestar- se encuentran protegidos, frente a ataques provenientes de distintas direcciones. De esta manera, cuando hablamos de genocidio, los intereses que protege el DPI, se perturban a través del ataque (intencional) a la existencia social de un grupo determinado. En el caso de los crímenes contra la humanidad la amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad consiste en la violación sistemática o masiva de derechos humanos fundamentales de la población civil. La criminalización de este tipo de violaciones de normas y usos de la guerra busca reducir en lo posible los efectos de un conflicto armado. Generalmente los conflictos armados entre estados perturban la paz mundial. Su punibilidad depende aquí de si las conductas pueden ser consideradas como una guerra de agresión.

De lo anterior podemos afirmar que el destinatario del Derecho Penal Internacional, es la persona natural individualmente considerada, no el Estado. De esta forma, el DPI se aparta de la concepción tradicional del Derecho Internacional, conforme a la cual las consecuencias de una acción contraria a éste sólo pueden afectar al Estado Parte o a otros sujetos del DPI, estructurados de forma similar- según las reglas de la llamada responsabilidad internacional-y no al individuo que actúa. El Derecho Penal Internacional “encarna arquetípicamente la nueva calidad del derecho internacional, que no se limita ya a regular los asuntos propiamente interestatales sino que interviene profundamente en la esfera doméstica del Estado”. (Werle, 2005, 90). Respecto a los crímenes de derecho internacional este autor precisa que los términos de crímenes y delitos de DI en el contexto de responsabilidad internacional del individuo son equivalentes, siendo que además, a nivel de responsabilidad internacional estatal, ya se ha abandonado tal distinción (Pérez, 2008).

Por su parte Pérez (2008), también aborda el tema del DPI, para lo cual explica que el Derecho Internacional clásico estaba basado en una comunidad internacional en la que predominaba una estructura interestatal. En tal sentido en derecho internacional clásico poseía una finalidad principalmente de tipo relacional y competencial, es decir, la regulación de las relaciones entre estados y la distribución de las competencias entre ellos. Esta postura originó que los estados fueran considerados como los únicos sujetos del derecho internacional y desde una perspectiva doctrinal los individuos eran solo objeto del derecho internacional.

Se consideraban como sujetos de derecho internacional solo las entidades que creaban y eran destinatarias de las normas jurídicas internacionales y que poseían legitimidad para reclamar (si había cumplimiento de tales normas) o eran responsables (si las infringían). De este modo, tradicionalmente, el sistema jurídico internacional no hacía referencia al individuo sino por medio del Estado, lo cual estaba condicionado por la noción misma del Estado y por la posición de las relaciones interestatales. Un ejemplo de esto es la figura de la protección diplomática.

Una primera aproximación nos ofrece la noción de población como elemento constitutivo

del Estado, noción que no hace referencia al individuo sino al Estado. En este marco, los individuos que no poseen la condición de residentes son calificados como extranjeros no siendo considerados parte de la población del Estado.

En igual sentido se dirigían las doctrinas dualistas, en lo referente a las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos estatales. La estricta separación entre el DI y los Derechos de los Estados aislaban al individuo del Derecho internacional. Únicamente si “este se convertía en derecho interno podía ser invocado por el individuo o, en sentido más amplio, por los particulares, personas físicas o jurídicas” (Pérez, 2008, 49).

Entre las teorías negadoras de la subjetividad jurídica internacional del individuo en el DI clásico, se encuentra el positivismo clásico. Esta teoría se basaba en considerar el Estado como único sujeto de derecho internacional, en tanto esta disciplina jurídica era resultado de la voluntad estatal y el individuo era solamente sujeto de Derecho interno. Pese a esta posición dominante, expresada también a través de la jurisprudencia de la Corte permanente de justicia internacional, existieron en el DI clásico algunos autores que reconocían la personalidad jurídica internacional del individuo, y por ende, la titularidad efectiva de derechos y obligaciones internacionales.

Realizando una aproximación a la evolución del Derecho Internacional se encuentra una ampliación del círculo de los sujetos del DI que ha conducido a una renovación cuantitativa del mismo. Esto se presenta debido al crecimiento del ámbito objetivo del ordenamiento jurídico internacional así como por una proliferación de los sujetos participantes, entre los que el individuo como sujeto de DI merece en la actualidad especial relevancia.

Si bien los crímenes de Derecho Internacional por lo general suponen la participación estatal, ésta no es necesaria. Por ello, la responsabilidad internacional del Estado no es una consecuencia automática de la comisión de un crimen de DI. Sobre este particular, el artículo 25.4 del estatuto de la CPI aclara que “Nada de lo dispuesto en el presente estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará la responsabilidad del estado conforme al derecho

internacional”. Y a la inversa, tampoco un hecho ilícito internacional conduce sin más a la punibilidad conforme al derecho internacional de las personas que intervienen en él. Sin embargo, los crímenes de derecho internacional y los actos ilícitos estatales coincidirán muchas veces. Así, por ejemplo, la eliminación de un grupo de la población puede originar tanto a la responsabilidad por genocidio de las personas que hayan intervenido en la misma como también la obligación del Estado de indemnizar a las víctimas o a sus herederos (Werle, 2005, 91).

El hecho de que el Derecho internacional criminalice de forma directa determinadas violaciones especialmente graves de los derechos humanos, refuerza a nivel internacional la existencia de mecanismos de protección no penales. El derecho penal internacional interviene en el conflicto entre soberanía estatal y protección de los derechos humanos a favor de la humanidad. Complementa y asegura de esta forma los demás instrumentos de protección de los derechos humanos y sirve en este sentido a la protección de los derechos humanos. El derecho penal internacional es entonces doblemente subsidiario: Por un lado, frente a los mecanismos estatales y por otro, frente a mecanismos (civiles) o extrapenales. La función protectora de los derechos humanos del DPI resulta especialmente clara en los crímenes de lesa humanidad. En ellos se prevén penas para los ataques sistemáticos o masivos a derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad de desplazamiento y el derecho a la dignidad humana. Con ello queda de manifiesto que la idea de humanidad es la base de la protección de los derechos humanos y del DPI. El concepto ampliado de paz que sirve de base al concepto del Derecho penal internacional conecta la protección de los derechos humanos con el derecho penal internacional (Pérez, 2008).

De la misma manera, el autor sostiene que es necesario delimitar lo que se entiende por crímenes de Derecho Internacional. Para empezar se puede señalar que se considera la existencia de dos categorías de crímenes internacionales a saber: 1. Los crímenes internacionales *-stricto sensu-* que vulneran normas del *Ius Cogens* y 2. Los crímenes establecidos por tratados y que no vulneran normas del *Ius Cogens*. (Pérez, 2008, 101). Ilustra su posición al citar el proyecto de estatuto de una Corte Penal Internacional (CPI)

de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1994. Allí se consideraron dos categorías de crímenes internacionales. La primera referente a los crímenes de DI, establecidos según el DI general, constituida por el crimen de genocidio, el crimen de agresión, violaciones a las leyes de la guerra y costumbre aplicables en un conflicto armado y crímenes contra la humanidad.

Frente a su segunda clasificación, la segunda clase son los denominados *treaty crimes*, es decir los crímenes establecidos por el DI convencional, para lo cual la CDI estableció una selección de tratados teniendo en cuenta dos criterios: 1. Que los crímenes sean definidos por un tratado para efectos de la creación de una futura Corte Penal Internacional y que ésta pudiese aplicar la respectiva fuente convencional respetando el principio *nullum crimen sine lege*; y 2. Que el tratado haya creado un sistema de jurisdicción universal basado en el principio *dedere aut judicare* o la posibilidad para que la CPI procese el crimen, o ambas a la vez, lo cual reflejaría la preocupación internacional.

El autor trata como definición de crímenes de Derecho Internacional la de Antoni Cassese (2005, 436): *"Violations of either international customary rules which are intended to protect values considered important by the whole international c and consequently, bind all States out, clarify, development elaborate upon general principles of customary rules, and are applicable in the case at issue."* Ahora bien, teniendo en cuenta la definición anterior se dice que forman parte de esta categoría las violaciones graves de las normas del DI consuetudinario así como las violaciones graves del DI convencional cuando estas existan y codifiquen, desarrollen o contribuyan a la formación del DI consuetudinario, normas que deben proteger valores importantes para la totalidad de la comunidad internacional. Por ende se vinculan a los sujetos de DI a la vez que existe un interés universal en la represión de esas conductas y si el individuo actuó en su capacidad oficial no puede invocar inmunidad de jurisdicción a efectos de exoneración o atenuación

1 "Violaciones de cualquiera de las normas consuetudinarias internacionales que tienen por objeto proteger los valores considerados importantes por todo la comunidad internacional y, en consecuencia, obligar a todos los Estados a llevar a cabo, clarificar, elaborar y desarrollar los principios generales de las normas consuetudinarias, y que son aplicables en el caso de que se trata" Traducción del autor.

de responsabilidad internacional individual (Pérez, 2008, 110).

Ahora bien, el artículo séptimo del Estatuto de Roma establece que hay dos medios que se desprenden de este, por un lado, los elementos contextuales que son indispensables para que se dé un Crimen de Lesa Humanidad (CHDL) y por el otro, las conductas que en sí constituyen estos crímenes. Del encabezado del precepto se percibe que tratamos con conductas individualizadas lo que se establece de usar el "cualquiera", a saber: "A los efectos del presente estatuto se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque..." (Dondé, 2012, 97).

Así las cosas, se puede determinar que las conductas tipificadas en el precepto poseen un mismo fin, ya que los elementos contextuales señalan que objetivo debe seguir la realización de dichas conductas. Es decir, las conductas descritas deben estar dirigidas a la población civil, seguidamente es preciso establecer el significado del elemento contextual de población civil, porque de la simple lectura del precepto se desprende que este será el objeto del ataque y, posiblemente, el bien jurídico que se protege.

Dondé (2012), explica que en el artículo 8 del Estatuto de Roma, se puede identificar algunas posibles violaciones al principio de legalidad penal, de las cuales se pueden listar las siguientes:

- El uso excesivo de elementos normativos en la composición del tipo penal internacional.
- Uso de cláusulas residuales.
- La tipificación elaborada hace imposible la interpretación estricta de tipos criminales del Estatuto de Roma.
- Por otro lado, deja ver las discrepancias que surgen entre el Estatuto de Roma y los elementos que lo estructuran.
- Por último se encuentra la descripción de los elementos típicos del delito por vía de exclusión.

Debemos aclarar que para Dondé, no en todos los casos se presentan los problemas de violación del principio de legalidad en materia penal, ya que si se acude a la interpretación de los tipos penales, aplicándola al caso particular, pudiera estimarse que no existe la vulneración a este principio.

Otra visión importante sobre los delitos contra la humanidad lo presenta Luban (2011), quien postula que frente a este tipo de delitos se hace necesario hablar de la expurgación de dichos crímenes, en vista de que cada individuo busca evitar ser víctima de este tipo de conductas por pertenecer a grupos que se encuentran fuera de las dinámicas de otros grupos de mayor jerarquía o de diferente pensamiento. Así, para este autor, los delitos de lesa humanidad tienen un contenido político respecto de las personas víctimas (Díaz, 2012). También menciona que las “leyes de la humanidad”, no nacen con un interés político, sino con una “necesidad humana universal”: “Ellas representan el justo reclamo del ser humano de que los desórdenes políticos nunca más incluyan la insuperable barbarie que representan los crímenes contra la humanidad”. Lo anterior atendiendo las múltiples masacres, guerras y situaciones de exterminio de grupos que se vivió en el siglo XX.

El autor explica de forma muy precisa esta clase de delitos, sus rasgos jurídicos distintivos, que pasa con la política, explica la crítica de la demonización de Schmitt, la jurisdicción, la justicia natural y aporta algunas definiciones al delito de genocidio. Según la carta de Núremberg crímenes contra la humanidad son el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra toda población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, en ejecución de, o en conexión, con cualquier crimen de competencia del tribunal, constituyan o no violaciones del derecho doméstico del país donde fueron cometidos.

Por su parte, Pastor (2009), expone que el Estatuto de Roma de 1998 creó un sistema penal internacional, el cual está compuesto por un derecho penal material, un derecho penal procesal y un derecho de la organización judicial, el cual establece los cuerpos encargados de la realización de los procesos concretos y las relaciones y conflictos entre ellos, y entre ellos y otros sujetos como Estados, Organismos Internacionales. Tal y como se puede evidenciar en el caso de jurisdicción, se trata de una acepción laxa que se encuentra justificada tanto por razones metodológicas como por un régimen jurídico que gira en torno al poder penal de un tribunal, la CPI, y también se puede decir que el relajamiento de

los conceptos jurídicos es una distinción en el derecho penal internacional (158).

Ambos (2006), expresa que los crímenes de lesa humanidad, en cuanto a la noción han experimentado importantes desarrollos en los últimos años: su progresiva desvinculación respecto de los crímenes de guerra, la existencia de elementos que apuntan a su posible comisión por actores no estatales, el progresivo abandono de la exigencia de un móvil discriminatorio, el paulatino incremento de actos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad cuando ocurren los otros requisitos y, por último, la relación de estos crímenes con las violaciones más graves de los derechos humanos, “concepto que ha adquirido el estatus de «ley dura» en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas” (181).

Por su parte, Olasolo (2011), manifiesta que la CPI representa un nuevo modelo de persecución y enjuiciamiento de delitos atroces ya que: i. ha sido creada por los Estados partes por medio de un tratado internacional, ii. Constituye una organización internacional independiente con un carácter permanente, y iii. No es parte de la estrategia de las Naciones Unidas para hacer frente a situaciones de post conflicto. De manera específica la CPI se creó con el fin de conocer las situaciones de delitos atroces sucedidos a partir del primero de julio de 2002 en el territorio de cualquiera de sus 144 Estados Partes e incluso fuera de dicho territorio cuando haya una participación significativa de nacionales de los estados partes o una remisión por parte del consejo de seguridad. También la CPI opera teniendo en cuenta un régimen de complementariedad por medio del cual solo puede ejercitar su jurisdicción cuando los estados afectados no actúan, o, si lo hacen, no tienen la disposición necesaria o la capacidad suficiente para desarrollar de manera genuina sus actuaciones (Olasolo, 2011, 39).

Sostiene este doctrinante que existe una conexión entre el concepto de responsabilidad de proteger y el mandato de la CPI ya que los dos se centran en situaciones futuras de delitos atroces y se fundamentan en cuanto a la actuación en la responsabilidad principal de los estados afectados. Por ello el Secretario general de las Naciones Unidas se refirió, en el año 2010, al estatuto de roma de la CPI como uno de los

elementos claves en la aplicación del concepto de responsabilidad de proteger. (Olasolo, 2011, 40)

Así las cosas, es vital subrayar que la CPI comparte con las instituciones judiciales *ex post facto*, el compromiso de acabar con la impunidad como un medio para promover: (i). La prevención general positiva, consistente en garantizar la aplicación del derecho penal internacional y reforzar los bienes jurídicos protegidos por el mismo y (ii). La prevención general negativa, lo cual es resultado de transmitir a la clase dirigente mundial el mensaje de que aquellos que incurran en delitos atroces no quedarán impunes.

Uno de los limitantes que tiene los delitos de lesa humanidad lo propone Pérez-León(2013), al explicar que la definición de crímenes de lesa humanidad dentro de la jurisdicción del Tribunal de Núremberg, fue vincular los crímenes contra la humanidad con las otras dos categorías de crímenes: Aquellos que se cometen en estados de guerra o cuando los crímenes se cometen contra la paz.

Los crímenes de lesa humanidad son una de las categorías de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional y se tiene en cuenta el artículo 7 del Estatuto de Roma, en donde se define cuáles son los actos que se consideran crímenes de lesa humanidad. Señala que para los efectos del Estatuto se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos señalados en este artículo, cuando estos sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático en contra de una población, siempre y cuando el agente conozca que su acto hace parte del ataque generalizado o sistemático (Córdoba 2001).

Así mismo, se debe introducir otro elemento relacionado con los crímenes de lesa humanidad, cuya noción ha experimentado importantes desarrollos en los últimos años: Su progresiva desvinculación respecto de los crímenes de guerra, la existencia de elementos que apuntan a su posible comisión por actores no estatales, el progresivo abandono de la exigencia de un móvil discriminatorio, el paulatino incremento de actos susceptibles de ser considerados como crímenes de lesa humanidad cuando ocurren los otros requisitos y, por último, la relación de estos crímenes con las violaciones más graves de los derechos humanos, “concepto que ha adquirido el

estatus de «ley dura» en los últimos tiempos, con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas” (Ambos, 2006, 181).

El mismo autor plantea que el primer inconveniente que surge al analizar los crímenes de lesa humanidad es que estos no han sido codificados en ninguna legislación internacional, además de otros problemas, como son las confusiones conceptuales que han acompañado su formación; por ejemplo, su errada identificación con los crímenes de guerra o con el genocidio y por ende su tipificación en el ámbito interno se ha convertido en un desafío bastante complejo.

Así las cosas puede decirse que el concepto de crímenes de lesa humanidad surge en la forma de una noción suplementaria a la de los crímenes de guerra, pues según el Acuerdo de Londres de 1945 sólo podría hablarse de crímenes de lesa humanidad cuando ellos estuviesen en conexión con crímenes de guerra y en los casos en que la víctima fuera un nacional de Alemania o de un país neutral. El artículo sexto del Estatuto del Tribunal de Núremberg estipulaba que constituían crímenes de lesa humanidad, el asesinato, la exterminación, la esclavitud, la deportación u otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, antes o durante la guerra, o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del tribunal o en relación con ese crimen, implique o no el acto una violación del derecho interno del país donde se haya cometido.

Ambos y Wirth (2006, 182) plantean que la comisión múltiple de los delitos que se requieren para alcanzar la categoría de crímenes contra la humanidad incrementa la gravedad del delito individual, en virtud de que aumenta el peligro de la conducta del autor individual del mismo.

En sentencia del Tribunal de Casación Francés (1985), se dio por primera vez una definición de crimen contra la humanidad, donde además se da la característica de imprescriptibilidad. Más recientemente en 1997 el Tribunal Militar de Roma caso Priebke y Hass declarando la responsabilidad de asesinatos de judíos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, se señaló que “la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad es un principio general del ordenamiento internacional”.

Según lo anterior lo que distingue a un crimen contra la humanidad, tanto en su perversidad como en cuanto a la necesidad de medidas especiales para su des-incentivación, es sencillamente que se trata de un crimen de una brutalidad imperdonable ordenado por un Gobierno- o al menos por una organización que ejerce poder político-(Robertson, 2007, 267).

Del desarrollo dogmático, sea anterior o posterior, se crea el Estatuto de Roma, en cuyo preámbulo se afirma que en el caso de los «crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», «hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia». Al mismo tiempo recuerda «que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional». En lo que se refiere a la relación entre la Administración de Justicia penal internacional y nacional rige por tanto, según el Estatuto, el principio de complementariedad, que puede explicarse someramente como la subsidiariedad de la Corte Penal Internacional.

Así, el tipo penal que conlleva a la descripción del delito de lesa humanidad quedó construido. El artículo 7° del ya mencionado Estatuto, establece que son acciones que configuran el punible: asesinato, exterminio, esclavitud, deportación o traslado forzoso de población, encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, tortura, violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable, persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte, desaparición forzada de personas, el crimen de apartheid, otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

Quedan así reguladas de manera clara las conductas que constituyen delitos de lesa humanidad, incluso tipificando los diferentes significados de elementos constitutivos de las conductas descritas, tal y como se evidencia en correspondiente numeral segundo del ya citado artículo 7° del Estatuto de Roma.

1.3. Breve vista al concepto de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

Hasta aquí hemos visto el desarrollo conceptual que ha tenido los delitos contra la humanidad, en donde hemos expuesto las principales posturas teóricas sobre el tema y hemos observado los problemas que pueden generar estos tipos penales frente al principio de legalidad penal, así como los límites en la interpretación de estos crímenes. Entonces, se hace necesario que abordemos un tema anexo a estas conductas contrarias a los intereses de toda la comunidad mundial de personas, que en últimas es el eje central del presente trabajo: la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad.

Con el objetivo de emprender el análisis de este temario, es necesario detenernos un momento para manifestar que en 1968 fue adoptada la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ibáñez, 2003, 300). Su finalidad era impedir que los criminales de guerra nazis quienes, bajo identidades falsas, habían encontrado refugio en terceros Estados, quedaran impunes por el simple paso de los años. De esta forma, sus disposiciones sustantivas se limitan a sentar la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (artículo 1), a afirmar la operatividad de tal regla independientemente del grado de participación del responsable (artículo 2), y a establecer la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas internas necesarias para, de un lado, hacer posible la extradición de los responsables de este tipo de crímenes (artículo 3) y, de otra, impedir la prescripción del delito y/o pena (artículo 4).

Por el contrario, en la Convención ni se prevé una eventual creación de un tribunal penal internacional, ni se regulan tampoco los títulos

de jurisdicción aplicables para el enjuiciamiento de tales crímenes por parte de los tribunales nacionales. No obstante, cuando el artículo 1 afirma que los crímenes de lesa humanidad –así como el apartheid y el genocidio– son imprescriptibles, se incluye la precisión según la cual ello es así: ...«Aún si esos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos»...

Esta disposición podría interpretarse en el sentido de que la ausencia de criminalización en el lugar de comisión, no es obstáculo para la represión en terceros Estados con base en otros principios tradicionalmente admitidos en Derecho internacional, como el de beligerancia o el de personalidad activa. O quizá, cabría entender que la precisión se hace al objeto de impedir que la licitud de los hechos según la legislación del lugar de comisión en el momento de la perpetración, pueda ser un obstáculo para un enjuiciamiento posterior por el propio Estado (Sánchez, 2004, 199-200).

Igualmente, el análisis de este instrumento, pone de manifiesto una serie de problemas comunes relacionados con, primero, los ilícitos aplicables y, segundo, la consideración del principio de imprescriptibilidad como norma de carácter consuetudinaria. La primera cuestión referente al grupo de ilícitos a los que no será aplicable la prescripción vigente en los distintos ordenamientos internos es taxativa: crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Entonces, por la pretendida retroactividad de la norma en el ámbito de los distintos ordenamientos internos, un individuo podría ser enjuiciado por la comisión de los ilícitos tipificados en la Convención, cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido.

Sobre la segunda cuestión relativa a la posible naturaleza consuetudinaria del principio de imprescriptibilidad, podría concluirse que ante la gravedad inherente de estas acciones, su carácter imprescriptible es de su naturaleza. No obstante, este planteamiento supone el desconocimiento de las actitudes de los distintos Estados manifestadas en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas, por lo que, una posición intermedia sería el alargamiento de los plazos de prescripción en el ámbito de los ordenamientos jurídicos internos, junto a un estudio

pormenorizado de la responsabilidad individual puesta en juego (Rueda, 2001, 168-169).

En cuanto a la imprescriptibilidad La Rosa (2008), explica que los delitos contra la humanidad se perfeccionaron por medio de la figura del genocidio, el cual surgió luego de la segunda guerra mundial y se precisó en los tribunales de Núremberg como el hecho de exterminar a una raza o a un grupo humano. Por su parte la Imprescriptibilidad tiene origen en el derecho anglosajón clásico donde la regla de derecho estaba expresada por *nullum tempus occurit regis* (el tiempo no corre para el Rey), esto quiere decir entonces que la acción podía iniciarse en cualquier momento después de la comisión del delito que no prescribía.

Para Ramelli (2011), los crímenes contra la humanidad han sido consagrados en el estatuto y en el juicio de Núremberg, así como en la ley 10 del Consejo de Administración para Alemania. En términos del artículo sexto c) del Estatuto del tribunal de Núremberg, constituyen crímenes contra la humanidad:

(...) el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, y todo otro acto inhumano cometido contra poblaciones civiles, antes o durante la guerra, o bien las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos, cuando tales actos o persecuciones, que constituyan o no violaciones al derecho interno del país donde han sido perpetradas (o han sido cometidas luego de todo crimen de competencia del tribunal, o en relación con ese crimen).

El artículo II de la ley 10 del Consejo de Administración define los crímenes contra la humanidad de la siguiente manera:

c) Crímenes contra la humanidad: atrocidades y delitos cometidos los cuales comprenden, sin que la lista sea exhaustiva, el asesinato, el exterminio, la servidumbre, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación o cualquier otro acto cometido contra la población civil, y las persecuciones por motivos de orden político, racial o religioso, así dichos crímenes hayan constituido o no violaciones de la ley nacional del país donde fueron perpetradas (Arteaga, 2011, 247).

En los crímenes de lesa humanidad la extradición se aplica muy fuertemente, como consecuencia de la explícita e intensa voluntad de la comunidad internacional en reprimir las violaciones de esos crímenes. Por lo tanto, se puede concluir que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad forma parte del principio de jurisdicción universal. Además, se ha evidenciado que el carácter internacional de estos crímenes faculta a cualquier Estado para perseguir, a través de su propia jurisdicción penal, a los responsables, incluso aunque no exista vínculo directo entre el hecho delictivo y el ordenamiento interno. Ello, sobre la base de la naturaleza del principio de jurisdicción universal, para lo cual se ha creado un régimen jurídico *ad hoc* idóneo que excluya la aplicación, no sólo de la prescripción, sino de cualquier institución que pudiera obstaculizar su efectiva represión y castigo (García y López, 2000, 50,53).

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia Argentina, Caso Priebke de 2 de Noviembre de 1995, concedió en su fallo la extradición al condenado a Italia por el requerimiento de dicho país, contrariando la naturaleza política de los delitos y la prescripción de los mismos, motivos que eran parte fundamental de la parte acusadora para no permitir dicha Extradición. En este caso fue reconocido el principio de imprescriptibilidad en el ejercicio de la acción penal con base en el delito internacional cometido y sentenciado, no sobre la base consuetudinaria del derecho internacional sino sobre la naturaleza coactiva de la norma internacional incriminadora.

2. LOS DERECHOS HUMANOS COMO BASE PARA LA PONDERACIÓN DEL CASO

Los planteamientos considerados hasta este momento llevan a presentar dos reflexiones iniciales: De un lado los Estados nacionales, bajo la voluntad política de protección de derechos, construyeron un marco jurídico internacional para lograr su objetivo, al que hoy en día le llamamos Derecho Internacional; del otro, las experiencias del pasado, de cruentas guerras y de crisis humanitaria dejadas por éstas, incluyeron como categoría de protección y de responsabilidad al ser humano, en la primera guerra mundial los bienes protegidos por el Derecho penal internacional y en la segunda al ser humano como responsable de comisión de delitos de Derecho internacional. Aunque a simple

vista estos razonamientos estatales no deberían presentar problemas, en su aplicación al Derecho interno de cada país las cosas se tornan un poco más complejas, ya sea por la incompatibilidad que se dan entre las normas de Derecho internacional con las constituciones o con el ordenamiento jurídico propio, o por la ausencia de mecanismos de protección que efectivicen el goce de los derechos reconocidos por el Estado, a través de los tratados de Derecho internacional.

En este capítulo estudiaremos la relación que tiene los delitos de lesa humanidad y su correspondiente imprescriptibilidad de la acción penal, la impunidad y los derechos humanos. Para iniciar debemos anunciar que existe una relación inescindible entre cada uno de estos temas, ya que al hablar de derechos humanos, nos estamos refiriendo a todos los derechos que tienen los seres humanos por la simple razón de serlo. De ahí que la situación se torne más compleja.

2.1 Los derechos humanos y su relación con la protección del ser humano

El fin de los derechos humanos está vinculado inicialmente con intereses específicos de clase y eran el arma ideológica y política de la burguesía ascendente en contra del poder político despótico y una organización social estática. Sin embargo su presunción ontológica entendida a partir de los principios de igualdad y libertad humanas, así como su corolario político, entendido como la exigencia de que el poder político debe subordinarse a las exigencias del derecho y la razón, se han integrado como una parte pacífica de la ideología de la mayoría de los regímenes políticos contemporáneos y así, su parcialidad ha sido trascendida (Douzinas.2008, 1).

Nino (1998) plantea, que un punto conceptual que genera confusiones, es el de la especie de derechos a la que se alude cuando se habla de derechos humanos aunque parece un leonismo hablar de "derechos jurídicos" y huele a inconsistencia referirse a (derechos morales), tiene pleno sentido preguntarse si los derechos humanos son de índole jurídica o moral (o si corresponde a esa categoría mestiza constituida por el derecho natural o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y "jurídico-naturales"). Aquí conviene aclarar qué quiere decir que los derechos humanos sean de una u otra índole. Se supone que las proposiciones acerca de

derechos en general y de derechos humanos en especial (así como las que aluden a deberes, responsabilidades y demás) son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un determinado sistema normativo. Según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo, aludido por tales proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios.

De un lado, como ya expusimos en acápite anteriores, son sujetos de estos derechos tanto la víctima o víctimas como el victimario, los primeros a conocer la verdad, a recibir justicia, a ser reparados y que el Estado les garantice que esas actuaciones no volverán a ocurrirles; mientras los segundos tienen derecho a un debido proceso justo y con el respeto de las garantías propias del Derecho sustancial y del Derecho procesal, a que se revisen las actuaciones de instancia por jueces superiores, a que se presuma la inocencia, se les juzgue por acciones que fueran prohibidas por la legislación penal cuando dichas leyes eran anteriores a la conducta imputada, también a que el Derecho Penal rija hacia el futuro y que sólo acoja las acciones del pasado cuando sea más benevolente para el acusado, entre otras. Así mismo, tanto unos como otros tienen derecho a que el Estado consagre en su Derecho interno recursos que efectivicen los derechos, y a que los mismos cumplan sus funciones de manera expedita y eficaz.

Sobre el debido proceso, la esencia de este derecho es, al tenor de la declaración universal de los derechos humanos, el derecho de toda persona “a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”. Es un derecho de especial importancia porque, junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de la persona. En lo que concierne a las acciones judiciales emprendidas por un individuo a fin de hacer valer sus derechos, el derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos. El derecho al debido proceso es, sin embargo, más amplio que el derecho a un recurso. Aquel

tiene una dimensión adicional pues ampara a la persona en todo asunto jurídico que le concierne, incluso en los procesos en su contra iniciados por el estado o por terceros.

Respecto del principio de legalidad Prieto Sanchis (1990), expone que históricamente, éste no se vincula tanto a la ordenación jerárquica de las fuentes del derecho como al principio de reserva o al de división competencial, entre otros motivos porque en las monarquías el Rey es fuente casi exclusiva del derecho estatal y los parlamentos no se configuran como instituciones permanentes sino como asambleas que reservan la facultad de aprobar determinadas decisiones de especial trascendencia y, sobre todo, el régimen tributario, por consiguiente, en su origen el principio de legalidad más que definirse como una exigencia de sometimiento de la norma inferior a la superior, según la dialéctica ley-reglamento, supone una limitación a aquel poder del monarca que se manifiesta en la reserva legal de un cierto número de cuestiones importantes. El principio de legalidad surge así como una legalidad tributaria y como una legalidad penal que, merced a una teorización general por parte de los juristas alemanes de finales del siglo XIX, “van a abstraerse para concluir generalizándose en la propiedad y en la libertad”

De esta manera el principio de legalidad se manifiesta en una doble dimensión, primero la supremacía y segundo la reserva; teniendo en cuenta la primera, la ley se impone a cualquier otra norma. De acuerdo con la segunda, la ley procede frente a cualquier otra norma. La supremacía, que se ha llamado “legalidad mínima”, exige únicamente que la administración respete la ley vigente, pero sin que esta goce de un ámbito material de reserva ni constituye fundamento obligado de cualquier actividad estatal (Prieto, 1990, 168).

De otro lado Silvetroni, siguiendo a Prieto Sanchis, plantea que *Nullum crimen, nulla pena, sine lege*, no hay delito, no hay pena sin ley previa, el delito no es un concepto natural, material o social, el delito es un producto legal, porque nace de la ley porque antes de la ley no existe. Si se derogase todas las leyes, dejarían de existir los delitos.

La exigencia de legalidad supone que la ley penal debe ser previa, escrita, formal y estricta.

La ley es previa cuando fue sancionada con anterioridad al hecho bajo análisis; la ley penal nunca puede regir hacia el pasado, salvo cuando es más benigna: quien durante un solo instante se vio beneficiado por los efectos de la ley penal más benigna, no puede ser luego privado de ese beneficio aunque no haya existido una actividad jurisdiccional que lo haya hecho valer; en otras palabras, la ley penal más benigna es inderogable hacia el pasado. La ley es escrita, cuando no emana de usos, prácticas o cánones sociales, sino que se encuentra plasmada en un documento, mediante un uso lingüístico inamovible; no es válida la ley penal consuetudinaria salvo como eximente no escrita. La ley es formal cuando fue sancionada por el órgano con competencia legislativa (en general, las constituciones atribuyen competencia legislativa en materia penal a los parlamentos). La ley es estricta cuando se ajusta con precisión al caso bajo análisis, sin interpretaciones que extiendan su alcance a hechos diversos al abarcado por la norma. Este es un argumento a favor del principio de tipicidad estudiado previamente y da lugar a lo que se denomina estricta legalidad como antecedente de la reacción punitiva.

Del principio de legalidad se derivan diversas prohibiciones: la prohibición de retroactividad de la ley penal más gravosa; la prohibición de aplicación de pena sin ley formal, la prohibición de analogía y la prohibición de indeterminación.

El principio de legalidad es una característica distintiva de las constituciones modernas de los países civilizados. Es una de las manifestaciones más concretas del principio de libertad porque garantiza que la limitación de los derechos de los ciudadanos solo puede provenir de la ley, nunca de la voluntad del estado ni siquiera de la del órgano legislativo, porque las leyes no pueden afectar derechos hacia el pasado sino hacia el futuro. La legalidad importa al derecho de poder calcular las consecuencias jurídicas, de no ser sorprendidos por el poder, y esta es una característica esencial de la libertad.

Este principio tiene un doble carácter, por un lado es una expresión concreta del principio de culpabilidad, ya que la posibilidad de formar un juicio de reproche por la falta de motivación en la norma requiere necesariamente la previa existencia de esta; sin ley previa no hay objeto respecto del cual motivarse y, consecuentemente no puede haber culpabilidad. Esto se vincula con

la posibilidad de cálculo que es una característica propia de la libertad.

Por otro lado, la legalidad es una garantía contra la arbitrariedad, en cuanto impide al estado sancionar personas mediante el simple recurso de tipificar hacia el pasado las conductas que estas cometieron, sea mediante la sanción de las leyes retroactivas, o mediante el dictado de sentencias constitutivas de la legitimidad de la conducta (Silvestroni, 2006, 169)

La Declaración Americana en su artículo XXV reconoce el derecho al debido proceso únicamente como derecho de la persona acusada de un delito. Los artículos XV y XVII reconocen el derecho a un recurso para la tutela de los derechos constitucionales y la libertad, respectivamente, precisan apenas que los recursos deben ser rápidos (O'Donnell, 2004, 350).

Así, Martín (2004), presenta un argumento en este sentido, al proponer que los órganos estatales asumen un papel para implementar el derecho internacional de derechos humanos es fundamental, ya que muchas de las disposiciones que protegen estos derechos sólo son operativas si los integrantes de la comunidad internacional ponen en funcionamiento su sistema legal interno para darle eficacia. Así, el derecho internacional deja el cumplimiento de sus obligaciones, en última instancia, a los órganos domésticos, es decir a los Estados. Dicha característica del derecho internacional crea una relación dialéctica con el derecho interno.

Entonces, es el Estado quien debe aplicar los compromisos internacionales adquiridos a través de medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole que sean necesarias y eficaces para garantizar su cumplimiento, con ello se realiza un juicio de aplicabilidad del tratado sobre derechos humanos y su adición al Derecho interno del Estado parte. De esta manera el DI, a través de distintas técnicas, fiscaliza el accionar estatal con relación a las obligaciones internacionales. Si esta premisa es cierta con el derecho internacional en general lo es especialmente en materia de protección de los derechos humanos, donde los tratados no solo incluyen un catálogo de derechos y garantías, sino que implican para el estado obligaciones concretas acerca del modo en que se ejercen todas las atribuciones del poder.

Por ello la gran mayoría de los tratados internacionales de derechos humanos crean deberes especiales por parte de los Estados parte en relación con la aplicación y garantía de los derechos reconocidos, en la jurisdicción doméstica. Esto es un reflejo del principio según el cual la implementación de los derechos humanos bajo el DI es primariamente un asunto doméstico. La implementación internacional está esencialmente limitada a la supervisión de las medidas internas adoptadas. Debido a ello, con acierto señala que los Estados no son agentes externos a los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, sino que son piezas centrales ya que de ellos depende la implementación de los tratados internacionales.

2.2 Los derechos fundamentales en las constituciones de los Estados

Alexy, explica cómo sobre los derechos fundamentales pueden formularse diferentes teorías de tipo muy diferente, por ejemplo las teorías históricas que explican el seguimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social. No existe ninguna disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos (1993,27).

Una teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la ley fundamental, por ejemplo teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los Estados federados.

El hacer diferencia entre las diferentes teorías no quiere decir que no existan conexiones entre ellas. Las teorías históricas jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de

la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la ley fundamental. Una conexión con las teorías teórico jurídicas resulta, por ejemplo, del hecho de que en ellas de lo que se trata es, entre otras cosas, de las estructuras posibles y necesarias de los derechos fundamentales. El hecho de que determinados derechos fundamentales tengan vigencia significa que están dadas todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales. Por ello, una teoría sobre determinados derechos fundamentales válidos puede beneficiarse por una parte de los conocimientos teórico-jurídicos y, por otra parte, contribuir a ellos a través del análisis de su materia. Justamente para comprender este tipo de conexiones es importante diferenciar lo conectado (Alexy, 1993,27).

De otro lado, los derechos fundamentales han tenido una gran influencia sobre la concepción de las nuevas constituciones en el mundo. El constitucionalismo no sería lo que es en la actualidad si no fuera por éstos. Las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquellas que consagran la forma de Estado y las que establece el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que se puedan considerar estas tres cuestiones como compartimientos estancos, habida cuenta de la inescindible correlación. Así, se da un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el estado de derecho exige e implica para hacerlo garantizar los derechos fundamentales mientras que estos exigen e implican para su relación al Estado de Derecho (Pérez, 1998).

Continúa este autor mencionando que el tipo de Estado de Derecho (liberal o social) proclamado en los textos constitucionales dependen del alcance y significado que en ellos se asigne a los derechos fundamentales, que, a su vez, ven condicionado su contenido por el tipo de Estado de Derecho en que se formulan. De igual modo, la constitución económica representa el soporte material de la actuación de los derechos fundamentales, porque esa constitución económica se haya integrada, en gran medida, por aquellos derechos fundamentales que delimitan el régimen de propiedad, la libertad de empresa,

el sistema tributario o el marco de las relaciones laborales y la seguridad social.

La concepción de los derechos fundamentales determina, en este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orienta hacia el respeto y la promoción de la persona humana, en su estricta dimensión individual (Estado liberal de derecho), o conjugando esta con la exigencia de solidaridad resultado de la componente social y de la vida humana (Estado social de derecho).

Los derechos fundamentales se presentan en la normativa constitucional como un conjunto de valores objetivos básicos (la doctrina germana los califica por ello de Grundwert) y, al propio tiempo, como el marco de protección de las situaciones jurídicas subjetivas.

Según Mir Puig, del derecho a la legalidad surgen unas tensiones institucionales que son relativas a las garantías de taxatividad y tipicidad. La garantía de taxatividad o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible; es, por tanto, un mandato dirigido al legislador, cuyo enjuiciamiento se proyecta sobre la ley misma y cuyo cauce natural de revisión constitucional es el del recurso de constitucionalidad o la cuestión de constitucionalidad.

De ahí que la garantía de tipicidad exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal, siendo por tanto un mandato dirigido a los tribunales cuyo cauce de revisión constitucional es el recurso de amparo (Mir Puig, 2010, 19).

2.3 Análisis de las implicaciones de la aplicación del principio de imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, vista desde los derechos humanos

El artículo 29 Constitucional prescribe que toda persona que habite o se encuentre dentro

del territorio Colombiano tiene derecho a un debido proceso. De este derecho fundamental se desprenden garantías para quien está siendo procesado, entre ellas, en primer lugar, el principio de legalidad. Dicho principio, traído desde el Derecho penal de la ilustración, consiste en que nadie será juzgado sino a través de tipos penales previamente establecidos por la ley.

En segundo lugar, como garantía que tiene la persona que está siendo juzgada por un tribunal penal en Colombia, es que la nueva legislación penal que expida el legislador no podrá ser aplicada a un caso en donde no se había dado la vigencia de esa nueva normatividad. Principio que va de la mano -y podría decirse que son inescindibles- con el de la legalidad en materia penal.

Por último, la misma Constitución garantiza que la ley favorable prevalecerá sobre la desfavorable y que dicha prevalencia estará a favor de la persona que está siendo juzgada.

Múltiples han sido las interpretaciones que han tenido dichos principios en especial en el desarrollo de la sentencia C-578 de 2002, en cuyos argumentos se estudió la constitucionalidad del tratado de Roma para Colombia, así como las diferentes sentencias de Constitucionalidad que han analizado las diferentes reformas penales.

También se tiene que el artículo 28, inciso final, de la Constitución Política prohíbe que existan penas y medidas de seguridad imprescriptibles, con lo cual *a priori* se podría afirmar que sería inaplicable el principio de imprescriptibilidad en el Estado Colombiano, dado que el carácter de norma superior de la Constitución no permitiría dar una interpretación diferente a su postulado.

Ahora bien, también se tiene que a lo largo de la historia de la humanidad, en especial con el Derecho desarrollado en la posguerra del siglo pasado, se ha dado especial importancia al ser humano como benefactor de derechos y especial protección de la ley; en ese sentido el DI, en especial el de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario ha desarrollado una normatividad que busca juzgar aquellos actos de violencia extrema que sean atentatorios no solamente de bienes del ser humano individual, sino de la humanidad como sujeto de Derecho. Así las cosas las Naciones

Unidas, a través del Estatuto De Roma, formuló un tipo penal especial para aquellas personas que cometieran crímenes que afecten a la humanidad en razón en su impacto. Colombia ratificó dicho tratado para el año 2002, entrando en vigencia para el territorio Colombiano en esa fecha, razón por la cual, y atendiendo al principio de legalidad, los colombianos serían juzgados a partir de dicha época por este tipo de delitos respetando de esta manera los ya mencionados principios de favorabilidad e irretroactividad de la ley penal.

Las enseñanzas que nos dejó el pasado siglo en materia de Derechos humanos, nos permiten hoy reflexionar acerca de la necesidad de aplicar el principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, vista desde la perspectiva de protección de estos derechos. Esto de acuerdo a las experiencias vividas en los Tribunales Penales Internacionales que han juzgado, antes y después del Estatuto de Roma, a personas por haber cometido crímenes contra la humanidad.

Desde el Holocausto judío vivido en la Segunda guerra Mundial y los posteriores juicios de Núremberg, este tribunal permitió delinear conceptos claros sobre estos delitos. Primero los definió como delitos autónomos, desligándolos de las acciones que se derivaban de los crímenes de guerra, en cuya consecuencia, los delitos de lesa humanidad se pueden cometer en momentos de guerra o en estados de paz. Como segundo, se comenzó la creación dogmática de la responsabilidad penal individual internacional respecto de estos delitos, junto con la correspondiente obligación de los Estados de la persecución de los victimarios a través de la declaración de imprescriptibilidad de la acción penal y, sin no, como tercer punto, las competencias y legislación sobre los tribunales internacionales en materia penal, en caso de la ausencia de acción de los Estados.

También permitió establecer una justicia universal, diferente a la justicia interna de los Estados. Claro es que el Estado es el llamado a garantizar la protección, promoción y efectivización de los derechos humanos, de ahí que en los casos de graves violaciones a los derechos humanos, el deber estaría en las investigaciones efectivas para individualizar a los responsables, realizar un juicio con respecto de derechos y garantías así como la imposición de sanciones derivadas de las conductas delictuales.

Pero nada más lejos de este “deber ser” es lo que hoy pasa en buena parte del Mundo.

Realmente, la justicia interna no es efectiva. Largos procesos, vencimientos de términos para el juzgamiento de personas y la alta burocracia e inmersión de otros poderes en la jurisdicción penal, conllevan a una realidad diferente de la efectiva investigación y juzgamiento de delitos de lesa humanidad generadores de graves violaciones a los derechos humanos. Así, lo que esta justicia genera es un alto grado de impunidad. Un ejemplo de inmersión de los poderes respecto de los otros está en los estados de excepción que ha vivido Colombia durante el siglo XX y las suspensiones de derechos fundamentales, es un claro ejemplo de la crisis del Estado, y sus consecuencias sobre la afectación de los derechos de los seres humanos.

Hoy en día no podemos desconocer que la impunidad de los crímenes de derechos humanos se haya convertido en un fenómeno global, que conlleva a negaciones sobre los derechos de las víctimas y que permite, en algunos casos, que se recaiga en más violaciones a derechos. Casos como la dictadura Argentina regida por la Junta Militar, y las posteriores leyes de amnistía e indulto promulgadas, son otros ejemplos de impunidad, ya no generada por la inactividad de la jurisdicción penal, sino como una clara política de Estado de dar perdón a quienes causaron horrores que cobraron sacrificios sobre los derechos de quienes fueron víctimas de desaparición forzada, torturas o ejecuciones sumarias. Nada diferente a la realidad jurídico-política que se vive en Colombia, respecto de las desmovilizaciones de grupos armados al margen de la ley a través de la ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005)

Pensamos que la justicia, como valor y fin de la Constitución y del ordenamiento jurídico, es un complemento de los mismos derechos humanos, de ahí que sostengamos que es necesario el enjuiciamiento de las personas que han cometido delitos contra la humanidad, pasados, presentes y, esperando que no fuera así, futuros. No discutiremos sobre las acciones que generan delitos de lesa humanidad, ya que a partir del año 2002, con el ratificación del Estatuto de Roma, además de la ley 599 de 2000, en Colombia la tipificación de éstos cobraron vigencia; la discusión central que planteamos está dirigida a que se debe aplicar la acción penal a las acciones del pasado que constituyen graves violaciones

contra los derechos humanos, las cuales impactan de manera generalizada a la comunidad mundial en razón al actuar cruel con que se generó el delito. La justicia es realmente el remedio que mejor puede sanar las torsiones psíquicas que las miles y millones víctimas han sufrido.

Esta posición se toma bajo dos razones. La reivindicación de los vulnerados, el conocimiento de la verdad y la garantía de no repetición de estas acciones; además, que la justicia sea monopolio del Estado, evitando así la venganza como forma de justicia privada y mecanismo de violación de derechos. Debemos aclarar que nuestra primera posición no busca de ninguna manera generar un sistema judicial legítimo de venganza, es decir, a toda costa debemos “hacer pagar a los responsables”, sino que es consecuente con los deberes del Estado respecto de la protección y restablecimiento de derechos, así como el mismo derecho “social” que tiene los habitantes de Colombia, como los del mundo, de conocer el por qué, el cómo, el cuándo y las causas que generaron el accionar criminal y el correspondiente delito.

Lo difícil de la aplicación de los juzgamientos de delitos de lesa humanidad en Colombia, producidos con anterioridad al año 2000, y el principio de imprescriptibilidad, no está en tomar la decisión de procesarlos, está en la justificación que permita superar los problemas de vulneración de derechos del procesado, en especial al principio de legalidad y de irretroactividad penal, ya que, si se observa el debate desde los elementos que lo estructuran, la aplicación conllevaría al respeto de los derechos de víctimas y de la comunidad pero a la vez se sacrificaría los derechos del procesado que, no por el hecho de ser acusado de un delito contra la humanidad, deja de ser sujeto de derechos.

Estas razones nos llevan a pasar al siguiente capítulo, donde se analizará la argumentación jurídica como medio para la interpretación y correspondiente ponderación de los derechos que aquí se colisionan, buscando generar herramientas conceptuales para generar una posible solución.

3. INTERPRETACIÓN ENTRE LEY, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DELITOS DE LESA HUMANIDAD

Hasta aquí el trabajo propuesto ha permitido delinear la problemática que genera hablar de delitos de lesa humanidad, imprescriptibilidad de estos delitos y la necesidad de tipificarlos, investigarlos y generar justicia de acuerdo a la magnitud de los hechos juzgados. También se desarrolló el trato que ha tenido el juzgamiento de dichos punibles en la Corte Suprema de Justicia colombiana, enfatizando en aquellos supuestos de hecho en donde nos encontramos frente a una ausencia de tipificación penal de los delitos contra la humanidad. El presente capítulo busca presentar herramientas conceptuales que permitan resolver de mejor manera dicha situación, pues no deja de ser cierto que, pese a la postura judicial del tribunal de casación penal de Colombia, la discusión sigue en pie; para ello acudiremos a la interpretación jurídica como herramienta conceptual válida para el juez, de un lado, y del otro a la argumentación jurídica que permita la verificación y justificación de la respectiva solución.

Partimos de una definición del presupuesto Derecho como creación del ser humano, teniendo como fin la regulación de las relaciones entre personas que componen determinada sociedad, de acuerdo a la voluntad política de sus representantes y con el respecto de los derechos y garantías fundamentales que su constitución les otorgue. De esta manera, a continuación entraremos al estudio de la Teoría del Derecho, vista desde diferentes teóricos, en búsqueda de las ayudas conceptuales propuestas que permitan brindar la o las posibles soluciones al subproblema planteado.

El Derecho, como un sistema que se integra entre sí, está compuesto por diferentes estructuras jurídicas. Respecto de las estructuras fundamentales están las del derecho natural, cuyo argumento se basa en comprender al hombre como un ser consciente de que su semejante está dotado de valores fundamentales, utilizando al proceso dialógico de la historia como fundamento de su afirmación, razón por la cual dichos valores se hacen para el ser humano intangibles y por lo cual hacen parte propia de la esencia del ser humano: “son las constantes axiológicas trascendentales del derecho, ya que, en el fondo, son ellas las que han hecho posible la

experiencia jurídica.” Las estructuras del derecho positivo, como segunda tipología, son reglas jurídicas positivas que surgen a través de lo que el autor denomina “trama dialéctica de hechos y valores” relacionadas entre ellas por medio de una imprevisible red de conjeturas y coyunturas. Por último se encuentran las estructuras jurídico hermenéuticas que hacen parte de los modelos dogmáticos o hermenéuticos del derecho, que tienen como objetivo y aporte a esta disciplina presentar a la comunidad científica, así como ayudar a la ciencia jurídica a determinar los significados de los modelos jurídicos positivos actuando de manera aislada o en conjunto con el ordenamiento jurídico y operando de esta forma como una manera de meta lenguaje jurídico (Reale, 1997).

El ideal del Derecho sería que el legislador previera todas y cada una de las conductas que el ser humano puede generar en su vida, en su comunidad, en su sociedad. Pero la realización de este objetivo no se cumple. Realmente lo que el legislador intenta hacer es prever, a través de normas jurídicas, una baraja de posibilidades de conductas que puedan ocurrir, pero éstas no pueden ser tan específicas que entren en desuso muy rápidamente, ni tan generales que no permitan que futuras relaciones se acoplen a las normas ya promulgadas, máxime en nuestra era, con las nuevas formas de relacionarse entre las personas, un sistema económico globalizado, el rompimiento de las fronteras de los Estados en sus formas de relacionarse junto con el constante avance científico y tecnológico.

De ahí que se pueda afirmar que, en todo caso, las normas jurídicas tengan texturas abiertas para su interpretación por parte del órgano autorizado para esta misión. Hart (1961) en el desarrollo de su texto se propone el desarrollo de una serie de temas que se relacionan con el Derecho, los cuales son de carácter sociólogo, lingüístico, político y filosófico, cuyo inicio es la interpretación pragmática de la vida jurídica. Para ello considera el autor que existen dos tipos de normas, en la primera, el ser humano se obliga a seguir criterios éticos que hacen parte de su formación cultural adquiridos a lo largo de su educación y que se transforman con el cambio que sufren las sociedades, las cuales se encuentran en constante desarrollo; las segundas, son aquellas de las que dispone el legislador, regulan conductas y le sirven

al juez para la resolución de casos sometidos a su jurisdicción.

Hart sostiene que las normas no solo formulan órdenes coercitivas, propias del diseño de un Derecho penal, sino que confieren a las personas las *facilities* que les permiten crear, a través de procedimientos también establecidos por el Derecho, obligaciones y deberes entre ellas. De esta manera, el Derecho dinamiza las relaciones jurídicas y sociales (1961, p. 27-29). Por lo tanto, las normas jurídicas son aplicables a todas las personas, inclusive a las mismas que las crean, contrario a lo que sucede cuando las normas traen consigo amenazas para su cumplimiento, en cuyo caso sólo estarían diseñadas para determinadas personas: las designadas por la misma ley (1961, p. 62).

Así, en las relaciones entre personas, existen reglas sociales que imponen obligaciones a cada ser humano que la constituye, siendo necesaria su existencia dado que éstas definen los modelos o pautas sociales, creando al final el contexto del enunciado; también, al existir la regla y su contexto social, ésta deberá ser aplicada a una persona de manera particular, ya que el actuar de este individuo queda comprendido en la regla ya establecida. (Hart, 1961, p. 85-91). Estas reglas sociales pueden ser acatadas o ser tan solo un observador de las mismas, siendo que en el primer caso estaríamos frente a un punto de vista externo y en el segundo a un punto de vista interno (p. 89).

De esta manera, propone Hart (1961) que al momento de hablar de las reglas jurídicas, éstas están compuestas por dos tipos de reglas: las primarias, entendidas estas como las obligaciones; y las secundarias, las cuales dependerán de las primeras, pero que en todo caso modifican o crean la obligación.

Sostiene que en el Derecho no se puede hablar de que una textura cerrada, sino que, por el contrario, presenta su teoría acerca de la textura abierta en donde entiende al Derecho como una serie de reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales que sirven como instrumento de control social de manera general. Teniendo dicha visión se hace necesario que estas reglas tengan una amplia capacidad de ver en los actos cosas y circunstancias particulares, claros

ejemplos de conductas generales que el derecho busca regular.

Para comunicar estas pautas se han utilizado dos diferentes instrumentos, a saber: la legislación y el precedente. Por un lado la legislación se entiende como aquellas reglas que regulan conductas y, por el otro, el precedente se define como las prácticas en la vida diaria, de esta manera dichas comunicaciones a través de estos dos medios permiten diversas formas de interpretación de las mismas, algunas simples y otras complejas, esto genera ciertas dudas entre las personas que se rigen a través de dichas normas, puesto que no permiten dilucidar de manera clara lo que se busca expresar. La comunicación de las reglas, ya sea por una regulación específica o a través de prácticas generalizadas, debe ser entendida de textura abierta, es decir que dicha norma no puede llegarse a considerar el absurdo de tener todas las descripciones detalladas de la conducta que busca regular, dado que la legislación busca una regulación en abstracto de las conductas, requiriendo una interpretación de la misma al caso concreto, y permitiendo así generar diversas alternativas para su solución.

Dichas alternativas deben ser vistas desde la óptica del juez, ya que este tiene el deber de entender y darle un sentido a la referida norma, ya que sobre él recae la responsabilidad de resolver el caso que se ha puesto en controversia por las partes. Así Zagrabelsky (1992), pone a este operador como actor principal en el quehacer de la justicia, dado que es él quien, además de resolverlo, debe realizar un análisis previo a dicha solución en donde deberá, en primer orden, comprender el caso, es decir entender el sentido de lo que se propone y darle un valor al mismo, utilizando para ello las categorías del sentido de valor de las que disponga el intérprete. Estas categorías permitirán al juez conocer la dirección y la vista de los posibles resultados que deberá buscar dentro del ordenamiento jurídico la regla jurídica idónea para ser aplicada al caso en concreto. No debe confundirse que el autor trabaje un sentido subjetivo del juez al hablar de "el sentido" y "el valor" pues por el contrario explica que dado que el derecho es una norma, esta misma objetiviza los criterios del juez a través del contexto cultural objetivo que ellas desarrollan.

De esta manera, la interpretación del juez se encuentra atada a la preexistencia de una norma jurídica que regule una conducta específica, no sin negar que el operador de justicia se enfrente a casos en los cuales dicha regla no se encuentre establecida, en cuyo caso será el operador de justicia quien sin tener mayor objetividad dada por el Derecho, deberá darle sentido y valor desde sus propios parámetros, cediendo así la aspiración objetiva frente a las posibles visiones subjetivas, de ahí que esta situación permite concluir que el sistema genera un defecto, ya que el punto de vista del Derecho sigue siendo inminentemente, intrínseco e indiferente al punto de vista psicológico y sociológico, donde es esencial identificar los puntos de vista utilizados por el agente que permitan indagar sobre las estructuras reales del comportamiento social.

Otra solución de interpretación que ofrece la Teoría del Derecho está en Alexy (1997), quien a través de la argumentación jurídica, presenta una propuesta teórica para la interpretación jurídica a través de la pretensión de corrección, entendida como aquellos argumentos basados tanto en los enunciados jurídicos como en los argumentos normativos generales, que permiten al juez dentro de su decisión formular y sustentar la solución dada al caso en concreto; en algunos casos como en la República Federal de Alemania en los disparos del muro por parte de los centinelas, también en el caso del Coronel en retiro Plazas Vega en Colombia, al decidir sobre los casos de ilegalidad de las conductas de estos militares, los jueces están sometidos a la motivación de sus sentencias, en donde podrán formular la corrección de la norma que buscan aplicar, atándola no solo a la protección que genera ésta, sino al mandato propio del cargo que viene del propio derecho positivo.

Sin embargo, si de hablar de los casos difíciles se trata, la teoría propuesta por Dworkin (1989) plantea que las teorías de la función judicial se han vuelto mucho más complejas, aunque hay unas teorías más populares que subordinan a las leyes y normas del derecho consuetudinario en algunas situaciones no tan claras, por ello estas deben ser interpretadas antes de que sean aplicadas a nuevos casos. En ciertas ocasiones se presentan casos cuyos problemas son tan nuevos que la actual legislación no permite dirimirlos ni siquiera re interpretando la legislación actual, así las cosas el operador de justicia llamado a aplicar

las normas debe legislar ya sea de manera directa o encubriendo sus argumentos. Dicha legislación promulgada por el juez se encuentra motivada por el contacto que ha tenido este con las pruebas y argumentos con que se movería el órgano legislativo, así, se subordina a un nivel mucho más profundo dado que la resolución de casos difíciles supedita al juez a una comprensión previa y continua del quehacer legislativo, siendo de esta manera una subordinación conceptual y política.

Los argumentos políticos justificarían una decisión política que protegería a alguna "metacolectividad" en cuanto a su todo, pero no en todos los casos esta decisión política es entendida como aquel favorecimiento, ya que dicho acto puede ser confundido como una acción virtuosa o de generosidad pública basada en un direccionamiento político o en la realización de un principio. Es claro que el legislador debe actuar con argumentos políticos siendo consecuentes los programas formulados con los argumentos esgrimidos dentro de la legislación. De esta manera, en el hipotético caso en que los tribunales fueran delegados de la legislación sería necesario que conocieran esta necesidad argumentativa en lo tocante a la política.

Como ya se explicó los argumentos que justifican una norma jurídica, son de orden político o se dan a través de un principio, siendo estos los que debe acoger el juez dentro de la fundamentación de las decisiones judiciales en los casos difíciles. Dworkin propone que la base de dicha decisión debe estar bajo los argumentos del desarrollo de un principio y no bajo las argumentaciones políticas, para lo cual presenta una serie de argumentos que permiten el desarrollo de dicha idea.

La argumentación jurídica genera conceptos controvertidos cuando de resolver casos difíciles se trata, para ello es importante dilucidar ciertos aspectos, el primero se encuentra referido a la legislación, en donde lo inicial sería encontrar las razones o motivaciones que posee determinada ley, el segundo aspecto se encamina hacia la conceptualización del o los principios que están en la base o inmersos dentro de las normas jurídicas positivas; así el juez al momento de tomar una decisión, debe identificar claramente el conjunto de principios y directrices políticas que justifique el modelo de Estado y de gobierno en donde se encuentra, lo que Dworkin denomina

la organización de una teoría de la constitución. Para ello puede construir de manera alterna dicha teoría haciendo uso de la filosofía política y enfocar las características institucionales, situación ésta, que le genera herramientas que pueden poner a prueba las diferentes teorías resultantes para lograr justificar la función institucional globalizada, resultando así una validación de la teoría triunfante.

De lo anterior se tiene que el actor principal que solucionará el problema será el juez y que éste debe tomar una decisión basada en los aspectos políticos que se generaron con la comisión de estos delitos de lesa humanidad, que para nosotros debe estar justificado en el impacto que generó la comisión de actos de crueldad en contra de determinado grupo de personas en un contexto sistemático, con lo cual se debe re-conceptualizar el principio de legalidad penal y de irretroactividad como elementos que estructuran un debido proceso penal a favor del enjuiciado, permitiéndole conocer todos los aspectos fácticos que se generan en la acusación, reconociéndole a la vez su condición de sujeto de derecho y, si la sentencia es de carácter condenatorio, ajustando la pena a la proporcionalidad de sus actuar, respetando el derecho a integridad personal y reconociendo la vigencia de la proscripción de las penas crueles, inhumanas o degradantes.

Los primeros avances en la aplicación de estos casos y su interpretación en Colombia fueron atendidos por la Corte Suprema de Justicia, al entender que la maldad que atañe al ser humano y el deber de protección del Estado, conlleva necesariamente a reevaluar al principio de legalidad penal frente a las regulaciones internacionales del DPI. Así, en sentencia de revisión número 34180 de la CSJ, concluyó este alto tribunal que:

Es así que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce como fuentes de derecho, con los tratados internacionales, a la costumbre internacional, los principios generales del derecho y la jurisprudencia y la doctrina; superando a la ley como su fuente exclusiva" (Sentencia de revisión número 34180 de la CSJ).

Los análisis sistemáticos de interpretación y de argumentación jurídica, devienen de aplicar

diferentes normatividades de protección. Es importante establecer que a partir de la vigencia de los Tratados de Derechos Humanos se ha universalizado el compromiso legislativo en pro de su reivindicación y se han precisado los niveles de protección de los habitantes del mundo, en dos sistemas interrelacionados entre sí, con la obligación doméstica de ajustar sus estándares a la sistemática internacional.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de San José y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, extienden el principio de legalidad al derecho internacional.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos advierte en su artículo 15 numeral 1º que 'Nadie podrá ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.'

Pero va más allá en su numeral 2º en el que de manera tajante advierte: 'Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.'

Por su parte, el Pacto de San José en su artículo 9º al consagrar el principio de legalidad no lo limita al derecho patrio señalando que: 'Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable.'

También el Convenio Europeo de Derechos Humanos al reconocer el principio de legalidad, establece en su artículo 7º una fórmula similar a la adoptada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al establecer en su numeral 1º que: 'Nadie podrá ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional.' En su numeral 2º, advierte de manera perentoria que: 'El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.'

Esta cláusula enunciada, tanto en la Convención Europea como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, claramente alude a los principios generales del DI como fuente de derecho penal internacional, aún frente a la inexistencia de tratado o ley que así lo dispongan.

Tal flexibilización a la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincencial auspiciada o sistemáticamente cometida por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

La experiencia más temprana de la flexibilización o redefinición del principio de legalidad a escala internacional se vivió en los procesos de Núremberg, regidos por unos principios, el primero de los cuales advierte que: "Toda persona que cometa un acto que constituya delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción."

También se encuentran los 'Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad' estableciendo los siguientes:

1. Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas.
2. Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

Entonces es supremamente claro sin importar el momento de comisión del delito, el mismo debe ser juzgado, pero a la vez que el Estado en que se cometió tiene derecho a investigarlo y en dado caso a imponer las condenas de rigor.

En el mismo instrumento, en su numeral 8º se dispone que:

Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

CONCLUSIONES

La idea inicial del presente trabajo fue entrar en el debate que actualmente se presenta en los estrados judiciales respecto del juzgamiento de delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 589 y 599 de 2000 y del Estatuto de Roma, en especial en lo atinente a la imprescriptibilidad de dichos delitos derivada de la Convención que lleva dicho nombre y del artículo 29 del ya mencionado Estatuto. Basta ver los debates jurídicos que se han abierto en casos como el juzgamiento del Coronel en retiro Alfonso Plazas Vega y su condena en instancias por el delito de desaparición forzada por los hechos acaecidos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en la operación militar de la retoma del Palacio de Justicia en Bogotá; también se encuentran la providencia de la Corte Suprema de Justicia, donde se permitió abrir de nuevo la investigación por la desaparición forzada de 19 comerciantes, cuyo caso fue juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en donde se condenó al Estado colombiano por la violación de los derechos reconocidos a estas personas por la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, o las providencias en donde se acepta que a los miembros de los grupos paramilitares se le investigue y juzgue por delitos de lesa humanidad.

El desarrollo de los delitos de lesa humanidad fue resultado de las épocas de violencia vividas en las dos guerras mundiales de principio y mediados del siglo XX, en donde los resultados de esa sistemática violación de los derechos de seres humanos que murieron a manos de los regímenes nazis o fascistas de la Europa de los años 40, permitió el avance en la humanización del Derecho Internacional, ya no como forma de relación entre los sujetos de esta regulación, sino, en viraje que se hizo por parte de la comunidad internacional, sobre las crisis de derechos que generan los Estados, así como la creación dogmática de la

responsabilidad penal internacional de los actores que generaron la crisis.

Los tribunales penales internacionales, en especial el de Núremberg, trazaron el derrotero que llevaría a la conceptualización, límites y contenidos de los delitos de lesa humanidad, hasta su tipificación internacional clara en el artículo 7 del Estatuto de Roma de 1998. Así mismo, de manera alterna, se creó una conciencia global de respeto por el ser humano y en ese compromiso se crearon innumerable instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, algunos de ellos acogidos por las modernas constituciones de los Estados. También se encuentran el compromiso global de lucha contra la impunidad de este tipo de delitos que se materializa en la creación de dos instrumentos internacionales: La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y posteriormente el artículo 29 del Estatuto de Roma, esta última cláusula que obliga al Estado a realizar la persecución de este tipo de delitos, sin posibilidad de renunciar a la acción penal, pero que a la vez permite que, en ausencia de actividad estatal, sea la Corte Penal Internacional quien procese, juzgue y eventualmente condene a estas personas.

Por lo anterior podemos hablar del principio de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, como vinculante para el Estado colombiano, a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en el territorio nacional. Sin embargo, dicho principio plantea de forma inicial un problema generado desde dos visiones: la primera es la indeterminación anterior de dicho principio como parte del derecho positivo colombiano y la segunda, la lucha contra la impunidad de este tipo de delitos como compromiso del Estado colombiano frente a la comunidad internacional. De lo anterior se puede afirmar que los jueces de Colombia se encuentran frente a un caso difícil.

El conflicto armado interno sufrido en Colombia, ha generado una crisis humanitaria de todos los órdenes, de los combatientes, de los civiles, de las instituciones, de la justicia, etc. Hoy, cuando estamos en pleno proceso de paz, el debate que se presenta sobre los delitos de lesa humanidad, sobre todo en lo tocante a la posibilidad de activismo político y de representación ciudadana de miembros de grupos

guerrilleros, hace más interesante el panorama, pues de un lado ellos buscan dicha representación política, pero del otro no se puede desconocer el accionar de este o de todos los grupos participantes en el combate bélico colombiano, en donde se han producido bajas considerables. Sin embargo, lo más importante a rescatar, es que han generado tipos penales internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional, de un lado, y del otro, responsabilidades penales internas, antes y después de la entrada en vigencia del actual Código Penal colombiano.

Es necesario rescatar los hechos que constituyeron dichas violaciones masivas a derechos humanos, no solo como forma de individualizar y castigar a su actores, sino como memoria histórica del conflicto que permita evidenciar lo cruento de dicho proceder con el fin de prevenir otras acciones iguales o con peores consecuencias, pero también respetando las garantías de quienes serán acusados, pues no se pueden desconocer que, aun siendo investigados por la justicia penal, siguen siendo seres humanos sujetos de derecho. Por esta razón las dificultades que se generan con la aplicación del principio de imprescriptibilidad para aquellos casos en que no se encontraba en vigencia el Estatuto de Roma, el juez, único actor llamado a resolución del caso, debe realizar una ponderación de derechos que se presentan: los derivados de las víctimas y de la comunidad en general y los del encausado penalmente. Para ello deberá acudir a criterios generados por los derechos humanos y fundamentales reconocidos por el Estado, además de utilizar una clara argumentación que permita presentar una resolución coherente al caso, basado en el Derecho aplicable siempre tomando en cuenta factores de naturaleza política y de interés general, en donde sus criterios objetivos sean las normas jurídicas nacionales e internacionales, el grado de afectación o de impacto global que se genera con la conducta delictual internacional y por último juzgando sólo las conductas que se

encuadren en la descripción típica actual, junto con sus correspondientes elementos del tipo.

En todo caso, el juicio deberá respetar todas las garantías propias de los procesos penales, en especial en la fijación de la pena y su correspondiente dosificación, atendiendo a criterios de proporcionalidad, y siempre manteniendo el norte del Estado Social de Derecho: la dignidad humana. La flexibilización del principio de legalidad en materia penal, tarde o temprano conllevaría a decadencia del sistema penal, no solo como garantía, sino como piedra angular de todo el sistema jurídico, pues se convertiría en un Estado de Derecho en donde sus normas pueden variar de acuerdo a los intereses que pongan en juego, conllevando a una crisis de la seguridad jurídica y un atentado a los derechos de libertad que tienen los seres humanos, ya que no podrían conocer de manera efectiva y con anterioridad si su actuar es o no acorde a Derecho. No se debe olvidar que hablar de flexibilización de la legalidad, que implica una restricción a las garantías del justiciable en pro de la lucha contra la criminalidad que agravia a la humanidad, se explica en que con frecuencia se trata de una manifestación delincencial auspiciada o sistemáticamente cometida por los Estados totalitarios, que por supuesto no estarían interesados en legislar tipificando sus propios actos.

La Corte Suprema de Justicia colombiana, ya ha avanzado en el análisis de las normas que relacionan a los delitos contra la humanidad, la imprescriptibilidad de éstos y los derechos en colisión cuando se habla del juzgamiento de los mismos, como ya se dejó ver. Pero el sacrificio ha sido grande, ya que ha debido re-conceptualizar el principio de legalidad y acoplarlo a un significado político y jurídico: político debido a la necesidad de represión de actos graves contra la humanidad, y jurídico en vista de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid.
- _____ (1997). *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ambos, K. & Hoyos M. Eds. (2008). *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional*. Granada. Editorial COMARES.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. (2012). *Proceso número 34180 del 23 de Mayo*. M.P. Bustos Martínez, J.
- Dondé, J. (2012). *Tipos Penales en el Ámbito Internacionales*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Douzinas, C. (2008). *El fin de los Derechos Humanos*. Bogotá: Legis, Universidad de Antioquia. 2008.
- Dworkin, R. (1989). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel Derecho. 1989.
- Hart, H. (1961). *El Concepto del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1961.
- Ibáñez, J. (2008). *Crisis del principio de legalidad en el derecho penal internacional*. Bogotá: Ibáñez.
- Kennedy, D. (1999). *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre, Ediciones Uniandes. 1999.
- _____, (2010). *Izquierda y Derecha, Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 2010.
- La Rosa, M. (2008). *La Prescripción en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea. 2008
- Lirola, I., y Martín M. M. (2001). *La Corte Penal Internacional. Justicia versus Impunidad*. Barcelona: Editorial Ariel.
- López, D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá. Legis, Universidad de los Andes. 2006.
- Luban, D. (2011). *Una Teoría de los Crímenes Contra la Humanidad*. Bogotá.
- Martín, C. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Distribuciones Fontamara. México.
- Mir Puig, S. (2010). *Constitución y principio del Derecho Penal*. Algunas Bases Constitucionales. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2010.
- Nino, C. (1998). *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*. Barcelona: Ariel Derecho. 1998.
- O' Donnell, D. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos Normativa Jurisprudencia y Doctrina de los sistemas Universal e Interamericano*. Oficina en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Olásolo, H. (2011). *Ensayos de Derecho Penal y Procesal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pastor, D. (2009). *Encrucijadas del Derecho Penal Internacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pérez, A. (1998). *Los Derechos Fundamentales*. Tecnos. Madrid. 1998.
- Pérez, P. (2008). *La Responsabilidad Internacional del Individuo por Crímenes de Guerra*. Lima: ARA Editores.
- Prieto, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid, Debate.
- Olásolo, H. (2003). *Corte Penal Internacional ¿Dónde Investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el Proceso de Activación*. Valencia, España. Tirant Lo Blanch.
- Ramelli, A. (2010). *Las Reglas de la Disertación Jurídica: Entre la duda y el Método*. Bogotá. Temis, Universidad de los Andes. 2010.

- _____.(2011).*Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Reale, M. (1997).*Teoría Tridimensional del Derecho*. Madrid: tecnos.1997.
- Rueda, F. (2001). *Delitos de Derecho Internacional*. Barcelona, España. Editorial Bosh.
- Silvestroni, M. (2007).*Teoría Constitucional del Delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.2007.
- Uprimny, R. (1998).*La universalidad de los derechos humanos: Conflictos de derechos, conceptos de democracia e interpretación jurídica*.En *Pensamiento Jurídico*. Bogotá. Universidad Nacional. No. 9, 1998
- Werle, G. (2005).*Tratado de Derecho Penal Internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Zagrebelsky, G. (1992).*El Derecho Dúctil*. Madrid: Editorial Trotta.1992.

**UNA APROXIMACIÓN COMPARADA DE
DERECHOS Y PRINCIPIOS:
DERECHO A LA PENSIÓN Y LA VERDAD,
PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y SOLIDARIDAD***

**A COMPARATIVE APPROACH AND
PRINCIPLES OF RIGHTS:
RIGHTS TO PENSION AND TRUTH, PRINCIPLES
OF EQUALITY AND SOLIDARITY**

**UMA ABORDAGEM COMPARATIVA DE DIREITOS
E PRINCÍPIOS: O DIREITO À PENSÃO E A
VERDADE, OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA
SOLIDARIEDADE**

Alexander Monroy Rodríguez^a

amonroyr@unal.edu.co

Oscar Yesid Osorio Barragán^b

oyosoriob@unal.edu.co

Fecha de recepción: 30 de Julio 2014

Fecha de revisión: 5 de Agosto 2014

Fecha de aceptación: 13 de Agosto 2014

RESUMEN

La reivindicación normativa de los derechos a la pensión y a la verdad se presenta en dos momentos del tiempo diferentes. En cada uno de estos estadios de tiempo se concretaron cambios revolucionarios en la historia de los derechos humanos, por ejemplo el derecho a la pensión es propio de los primeros pasos de la formulación del Estado de Bienestar, mientras que el derecho a la verdad adquiere su reconocimiento manifiesto e independiente a partir de la definición de la justicia transicional de finales del siglo

** Investigación desarrollada en la Universidad Nacional de Colombia en el seno de la maestría de derecho-profundización, derecho constitucional.*

a. Abogado egresado de la Universidad Católica de Colombia, adelantado estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia y de especialización en Filosofía y Teoría del Derecho en la Universidad Libre de Colombia, integrante del grupo de investigación UDITA de la Universidad Nacional de Colombia y asistente de apoyo en el curso de extensión sobre redacción de textos jurídicos de la misma universidad. Profesional en actividades jurídicas relacionadas con la contratación estatal y estructuración jurídica de proyectos de infraestructura de transporte en los cuatro modos de transporte, así como de la reglamentación de leyes del sector transporte.

b. Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y con estudios en curso de Maestría en Derecho Constitucional de la misma Universidad; Profesional Especializado de la Dirección de Asuntos Étnicos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, creada con la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y Restitución de Tierras.

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales

Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Internacionales

Núm. 7, Año 2014

enero-diciembre, pp. 229-249.

ISSN 1794-600X

XX, comenzando con la transición post-conflicto o gobiernos autoritarios.

Visto así, en este trabajo se presentarán estos dos derechos desde una óptica integral y crítica para su materialización, junto a ellos se matizarán de forma transversal los principios de solidaridad e igualdad. Finalmente, se dará una respuesta desde la teoría del derecho, la teoría de los derechos y la teoría de la justicia en un marco holístico.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la pensión, Derecho a la verdad, principio de solidaridad, principio de igualdad, integralidad.

ABSTRACT

The normative recognition of Pension Rights and Truth takes place in two different moments in time. In each of these stages, revolutionary changes were implemented in the history of human rights, including the right to a pension that is typical of the early stages in the development of the Welfare State, while the right to the truth takes his manifesto and independence from the definition of transitional justice in the late twentieth century from the post-conflict transition or authoritarian governments recognition.

Therefore, in this work these two rights in an integrated approach are presented and criticized for its realization, and with them will be matched the principles of solidarity and equality. Finally, we give an answer from the theory of law, rights theory and the theory of justice in a holistic framework.

KEYWORDS

Rights to pension, right to the truth, solidarity principle, the principle of equality, integrality.

RESUMO

A reivindicação normativa dos direitos à pensão e à verdade é apresentada em dois momentos diferentes do tempo. Em cada um destes estágios de tempo são feitas mudanças revolucionárias na história dos direitos humanos, por exemplo, o direito à pensão é característico da fase inicial da formulação do Estado de

Bem-estar, enquanto o direito à verdade adquire seu reconhecimento independente a partir da definição feita da justiça de transição nos finais do século XX, a partir da transição pós-conflicto ou governos autoritários.

Visto desta forma, o presente trabalho apresentará estes dois direitos em uma abordagem integrada e criticado na sua realização, eles vão colorir transversalmente com os princípios da solidariedade e da igualdade. Finalmente, haverá uma resposta da teoria do direito, teoria dos direitos e a teoria da justiça em um quadro holístico.

PALAVRAS-CHAVE

Direito à pensão, direito da verdade, princípio da solidariedade, princípio da igualdade, integralidade.

INTRODUCCIÓN

Los derechos –bajo una concepción universalista - suelen ser denominados por algunos autores como cartas de victoria del más débil frente al más fuerte. En su comienzo, estas victorias eran de la persona frente al poder del Estado. Ahora, con los desarrollos de los principios democráticos, y del Estado Social, estas victorias se ubican en escenarios más diversos: minorías políticas, sociales, étnicas, religiosas, entre otras, frente a mayorías poderosas. Asimismo, el desarrollo de los derechos es paralelo a la evolución – o involución- de la definición de persona y de ser humano, lo cual se ha convertido en un criterio de reconocimiento de estos mismos derechos a determinados titulares, en principio de manera progresiva. Y el vínculo entre persona y derecho ha tenido –también en principio- el fin de reconocer y buscar garantizar unas mínimas condiciones vitales de existencia para las personas, desde libertades hasta condiciones materiales.

Los derechos a la pensión y a la verdad son de difícil relación inicialmente, pero al analizarlos podemos encontrar dos similitudes principales: en primer lugar, como en la generalidad de los derechos, pueden detectarse en ellos una evolución histórica en cuanto a sus contenidos, alcance, reconocimiento nacional e internacional y la ampliación o reducción de sus titulares, y, en segundo lugar, especialmente en su dimensión

colectiva, ambos derechos apuntan precisamente a la materialización de otros derechos (el derecho a la pensión, en cuanto busca garantizar al mismo sistema de pensiones su sostenimiento, cumpliendo su finalidad de garantizar unas condiciones materiales mínimas para una vida digna a sus titulares a partir de la contribución de otros. El derecho a la verdad, en la medida en que su materialización implica el reconocimiento de sus titulares como sujetos de derechos dentro de una sociedad, lo que se traduce en su reivindicación).

En el caso colombiano puede detectarse una tercera similitud, consistente en una crisis en cuanto a su materialización: ¿Existe un derecho a la pensión? cuando se exigen unos requisitos para su reconocimiento, endurecidos por lógicas económicas internacionales que buscan reducir las cargas sobre el Estado, y su intervención, retornando a los tiempos de la confianza en la "mano invisible". ¿Existe un derecho a la verdad, especialmente en su dimensión colectiva, cuando se proclama su protección en medio de la continuación del conflicto? convirtiéndose la construcción de memoria histórica en un nuevo campo de batalla, vulnerable a intereses en juego de determinados sectores involucrados, directa o indirectamente, con el surgimiento y recrudecimiento del conflicto armado interno ¿Se puede hablar de una sociedad justa cuando se desconoce el reconocimiento y garantía universal de derechos?

Como se puede observar, en estas disquisiciones se ven involucrados principios y valores sociales, entre los que se destacan los principios a la igualdad (reconocimiento y garantía universal de los derechos) y solidaridad (sociedad justa). Estos principios, como pilares del Estado Social de Derecho, permiten complementar el enfoque y materialización de los derechos aquí citados; además son valores inmanentes a la mayoría de sociedades, donde la cooperación y la homogenización de condiciones y recursos han permitido vislumbrar la pacífica convivencia.

En el desarrollo de este trabajo, inicialmente se planteará un caso problemático hipotético en el cual se vean involucrados los derechos a la pensión y a la verdad para, posteriormente, conceptualizar éstos a partir de sus definiciones legales, jurisprudenciales y doctrinales a nivel nacional

e internacional, así como desde los principios de igualdad y solidaridad. Posteriormente se hará un análisis crítico de los elementos que enervan estos derechos desde: teorías del derecho, de los derechos, de Justicia y del Estado. Dichas miradas nos acercan a una concepción de los derechos a la pensión y a la verdad, determinados por un mayor grado de exigibilidad y justiciabilidad; los cuales nos permiten acercarnos al planteamiento de respuestas en el caso concreto.

El desarrollo de los contenidos relacionados anteriormente nos permitirá sostener que el reconocimiento y la reivindicación de los sujetos de derechos se ven condicionados por lógicas superiores a los ordenamientos jurídicos y sistemas políticos adoptados, también que dichas lógicas responden a intereses que emplean al derecho como mecanismo para imponerse por encima de la materialización de derechos, por lo cual se requiere recobrar una función socio-reintegradora del derecho (la solidaridad) que responda a una concepción de justicia entendida como equidad (más allá de la igualdad), donde se garanticen condiciones materiales y morales mínimas para todos los sujetos de derechos desde una concepción de integralidad y procesualidad. Esto observado concretamente en el contexto colombiano, sumergido no sólo en un conflicto armado interno que ha provocado, entre otras cosas, la impunidad frente al esclarecimiento de los hechos y fenómenos detrás de masivas, generalizadas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, sino también en un conflicto social caracterizado por altos índices de desigualdad, producto de un sistema económico mundial que ha creado una nueva definición del sujeto de derechos reducida. Dicha titularidad condicionada a su contribución con el modelo económico hegemónico. Un reflejo de esta realidad es el endurecimiento de los requisitos para acceder a derechos como el de la pensión, así como fenómenos violentos con raíces en desigualdades y en dinámicas económicas.

METODOLOGÍA

El progreso de este trabajo se hizo a través del uso de la hermenéutica por niveles, finalizando con la edificación de una tesis. Asimismo, se resalta que el tipo de artículo que se presenta aquí, es de reflexión, ya que, a lo largo del trabajo se podrán denotar elementos analíticos, interpretativos y críticos.

Hermenéutica de primer nivel. Aquí se dio aplicación de una matriz de recolección de información para presentar las visiones respecto de los derechos de pensión y verdad, y los principios de solidaridad e igualdad. Específicamente se acuñó normativa, doctrina y jurisprudencia de Colombia, Argentina, México y del derecho internacional público, así como doctrina de la teoría del derecho, teoría de los derechos y teoría de la justicia.

Hermenéutica de segundo nivel. Revisión bibliográfica y jurisprudencial para la elaboración de una matriz, por medio del acopio de información para la construcción del marco teórico, para luego filtrar la información sustrato de análisis y avance del trabajo. Asimismo, aquí se hace un trabajo de comparación y articulación de la normativa, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

Hermenéutica de tercer nivel. Elaboración de la estructura de la propuesta a través del método deductivo, el cualitativo y la hermenéutica reconstructiva. En particular se sintetiza teóricamente y se producen conclusiones alrededor de los componentes que resultan convenientes en la construcción de un enfoque de derechos y principios, a reconstruirse no en su autonomía sino desde su integralidad. Asimismo se efectúa el reconocimiento de estos derechos como procesos para cuya materialización no se debe aplicar solo la ley escrita, o su promulgación formal, sino condiciones de realización ciertas, de manera que se procure garantizar unas condiciones mínimas vitales de acuerdo al sujeto de derechos. Lo anterior se hace en el marco de la teoría del derecho, teoría de los derechos y de la justicia, teniendo en cuenta lo evidencia en la normativa, doctrina y jurisprudencia de orden nacional e internacional.

1. CASO HIPOTÉTICO

Una víctima del conflicto, producto de un desplazamiento forzado en el cual tuvo que abandonar su hogar y enseres -incluyendo documentos de identidad y otros - adelanta trámites para el reconocimiento de su pensión de vejez. Obtiene como respuesta por parte de la entidad competente que no cumple con el tiempo de cotización mínimo requerido para poder acceder a la pensión. La falta del tiempo requerido no se explica, ya que el solicitante cotizó durante

alrededor de veinticinco años de manera continua, cuando en el reporte de semanas cotizadas sólo se acreditan 650 semanas. El solicitante víctima no puede acreditar el tiempo cotizado ya que las constancias laborales que podrían ayudarlo se perdieron con la destrucción de sus bienes luego del desplazamiento.

La víctima no se encuentra inscrita en el Registro Único de Víctimas ni cuenta con reconocimiento de esta condición por parte de entidad alguna. Tampoco existe proceso judicial, administrativo o de otra naturaleza donde consten los hechos alrededor del desplazamiento forzado del cual fue víctima, no cuenta con recursos para poder acceder a la justicia y no tiene conocimiento del paradero de sus empleadores, ni de otras personas, quienes puedan testificar a su favor; la comunidad entera fue desplazada sin que conozca el paradero de alguno de sus integrantes.

HIPÓTESIS DE SOLUCIÓN

Concreta: Se debe partir de que la condición de víctima es una situación constitutiva más no declarativa, esto es, la víctima lo es por haber sido vulnerados sus derechos y no porque medie una declaración oficial. Sumado a esto, también en los trámites administrativos debe primar la buena fe del solicitante, más la inversión de la carga de la prueba, que evite que la víctima deba asumir cargas imposibles al momento de poder acceder a la pensión. La pensión, o cualquier otra figura pecuniaria, que se reconozca al solicitante-víctima, no debe responder al cumplimiento de unos requisitos previos, sino estar dirigida a responder a las condiciones mínimas materiales necesarias para la sobrevivencia de la víctima. Finalmente, deben adelantarse las investigaciones pertinentes respecto de los hechos violentos que provocaron el desplazamiento forzado, y otras vulneraciones de derechos, dirigido al cumplimiento del derecho a la verdad en sus dimensiones individual y colectiva, impidiendo la impunidad sobre los hechos concretos y que sean un medio para que el solicitante se vea reconocido en su humanidad y en sus derechos.

General: La materialización de los derechos y la garantía de unas condiciones mínimas vitales deben responder a las necesidades y realidades de los sujetos de derechos que luego se reflejen en una convivencia equitativa y justa. Por lo tanto, su reconocimiento no debe someterse a requisitos

en la medida en que los sujetos de derechos son titulares de éstos por su sola existencia. El reconocimiento y la reivindicación del sujeto de derechos deben responder a unas condiciones materiales y morales, involucrando también el reconocimiento del otro y un auto-reconocimiento como parte de un todo, respetando diferencias y circunstancias históricas particulares de existencia.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PENSIÓN

El origen de la seguridad social se remonta a la década del 80 del siglo XIX, en Alemania. La iniciativa del Canciller Otto von Bismarck se proyectó a crear instituciones que ordenasen el tratamiento de las contingencias de vejez, invalidez y muerte (previsión social). El mecanismo utilizado fue la contribución obligatoria sobre el salario real, o una porción importante del mismo, para los empleados del sector privado. El seguro social, o modelo bismarckiano, se extendió en el siglo siguiente en una parte importante del mundo¹. Dicha evolución se observa en el derecho internacional², donde se destacan los Artículo 22³ y 25⁴ de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵, el preámbulo de la Constitución de la Organización

Internacional del Trabajo⁶, y en la región la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948)⁷ y el Código Iberoamericano de la Seguridad Social (1995)⁸.

Hoy se entiende el derecho a la pensión como una figura que asegura a la persona en caso de alguna contingencia o riesgo. Esta visión, más que de derecho social, tiende a ser de derecho privado, pues la tendencia está enfocada hacia la privatización y capitalización en cuentas individuales, para que por medio de fondos pensionales, o instituciones oficiales, se paguen prestaciones económicas⁹. La relación derecho-goce está fundada en el vínculo que "se establece entre la entidad administradora y el afiliado que constituye la fuente de derechos y obligaciones en el sistema"¹⁰.

En Colombia, entre los siglos XIX¹¹ y XX hubo una creciente producción normativa, donde beneficiados eran principalmente funcionarios al

1 ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN DE FONDOS DE PENSIONES, "La Capitalización Individual en los Sistemas de Pensiones de América Latina", disponible en: http://www.aiofsp.org/estudios_publicaciones/estudios_pub/capitalizacion_individual.pdf

2 Entre otros, el Convenio No.102 de 1952 de la OIT, Convenio 118, sobre la igualdad de trato (Seguridad Social), 1962, Convenio No. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre (1948), Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica (1969).

3 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 22, "Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad."

4 Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 25, "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

5 "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

6 Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919), Preámbulo, "...no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos".

7 Respecto al derecho a pensión, contiene los siguientes requerimientos: "Artículo 3 ... La justicia y la seguridad sociales son bases de una paz duradera ... Artículo 45 ... h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social, e i) Disposiciones adecuadas para que todas las personas tengan la debida asistencia legal para hacer valer sus derechos ... Artículo 46 ... Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad".

8 Trata asuntos relacionados con las pensiones contributivas; las pensiones por incapacidad, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; las pensiones a favor de la persona en estado de viudez y de los hijos a cargo, por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales; las revisiones periódicas, cuando se produzcan variaciones sensibles del coste de vida y las condiciones de edad para el acceso a las prestaciones por vejez (no deberá exceder de 65 años, salvo que los Estados fijen una edad más elevada teniendo en cuenta la capacidad de trabajo y la esperanza de vida de las personas de edad avanzada en el país de que se trate).

9 PENEN, Martha, "Cartilla práctica de aspectos laborales", Colombia: Legis S.A., 2007, p.14.

10 CERÓN, Jaime, "Sistema General en Pensiones", 1 ed, Colombia: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007, p. 26.

11 La primera forma de regulación de las pensiones en Colombia, se dio por medio de un Decreto del Congreso, el 23 de Julio de 1823. Esta norma otorgó la primera pensión estatal en favor del Libertador Simón Bolívar, por sus actos heroicos. También, sin ninguna financiación se concedió un auxilio a quienes se hubieran destacado en batalla.

servicio del Estado; posteriormente se amplió la cobertura al sector privado. Con la Constitución Política de Colombia de 1991, se estableció el derecho irrenunciable a la Seguridad Social como servicio público de carácter obligatorio, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, por parte de todos los habitantes, dándole una connotación progresiva a su cobertura. Con el Sistema General de Pensiones actual¹², instituido por medio de la Ley 100 de 1993¹³, se impuso un modelo mixto con dos regímenes para el acceso al derecho pensional¹⁴: de un lado, el Régimen de Prima Media¹⁵, de otro lado, el Régimen de Ahorro Individual¹⁶. También, con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se estableció un régimen de transición¹⁷, con el cual se pretendió dar protección a las expectativas legítimas de aquellas

personas que se encontraban cerca de cumplir los requisitos para ser adjudicatarias del derecho pensional.

En los albores de la Corte Constitucional, el derecho a la seguridad social¹⁸ se entendió como “un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”¹⁹, es decir, que para ese momento la tesis para asegurar la justiciabilidad del derecho a la seguridad social, era la conexidad; si eran protegidos en forma inmediata los primeros derechos (DESC) se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos(fundamentales)²⁰.

Sin embargo, el reconocimiento progresivo del derecho a la pensión y de la seguridad social contrasta con su materialización en las últimas décadas, cuando el alcance de la pensión se ha sometido a reformas normativas de orden interno al compás de políticas económicas internacionales. Particularmente, lo anterior se ha reflejado en la privatización del sistema de pensiones en distintos países²¹. Para efectos estratégicos de la privatización de los sistemas de pensiones, el Banco Mundial echó mano del Fondo Monetario Internacional (F.M.I.)²² y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). También, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCD) con políticas

12 En términos demográficos, el 69,9% de la población en edad de pensionarse no accede al derecho pensional(CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL REPÚBLICA DE COLOMBIA - Departamento Nacional de Planeación, documento Conpes Social 156, Versión para discusión, Bogotá D.C., Septiembre 11 de 2012.p. 4.). A lo anterior, se le debe sumar que el 30% de la población acta para pensionarse genera anualmente un gasto de 24 billones de pesos, y el 80% del subsidio estatal destinado a financiar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida es consumido por cuantiosas pensiones (Declaración hecha por el ministro del trabajo Rafael Pardo el pasado viernes 14 de septiembre de 2012.Ver: <http://www.mintrabajo.gov.co/index.php/medios-septiembre-2012/1031-mintrabajo-dio-a-conocer-las-razones-para-presentar-una-reforma-pensional.html>), donde el 1750 (0.14%) personas de la población pensionada del sector público devenga pensiones con valores promedio de 14 millones mensuales (anual son \$167,1 millones), mientras 748.208 personas en promedio recibe 600.000 (anual son \$6,8 millones).De igual manera, datos del DANE señalaban que a octubre de 2011, de los 19 millones de trabajadores que hay en Colombia, sólo 6 millones aportan al sistema, y los otros 13 millones, no puede hacerlo, o bien por estar en la informalidad (unos 11 millones aproximadamente), o bien por encontrarse desempleados (más de 2 millones)(Informes del Centro de Estudios de Desarrollo de la Universidad Nacional (CID) Y el DANE divulgado en el diario el Espectador el pasado 22 de febrero de 2012. Ver <http://www.elspectador.com/impreso/negocios/articulo-328188-son-1750-los-pensionados-privilegiados>), es decir, más del 50% de la población no se podría pensionar nunca.

13 En desarrollo del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno expidió el Decreto 691 de 1994, en el que se fijaron los factores sobre los cuales se deben hacer las cotizaciones para pensión (se mantuvo el mismo listado de la Ley 33 de 1985).

14 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993 “OBJETO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.”

15 ARENAS, Gerardo, “El derecho colombiano de la Seguridad Social”, 3 ed, Colombia: Legis Editores SA, 2013, p.168.

16 ARENAS, *Ibidem.*, p. 168.

17 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-235 del 4 de abril del 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

18 Ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-398/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

19 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-491/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

20 En pronunciamientos más recientes, la Corte Constitucional ha señalado que los derechos civiles y políticos, así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que involucran obligaciones de carácter negativo como de índole positiva. Por ello, “Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos ya mencionados, que hacen parte del bloque de constitucionalidad según el artículo 93 de la Constitución. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-160/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

21 A continuación se presenta un ejercicio simple de comparación entre Colombia y México:

22 “Los participantes consideraron los beneficios de aumentar la edad de jubilación, tanto para mejorar la viabilidad de los sistemas de pensiones como para estimular el crecimiento económico ampliando la oferta de mano de obra.”, RUSSO, Adriana, “Informe Anual 2013 promoviendo una recuperación mundial más segura y estable”, Washington: FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, 2013, p.36

como “vivir más significa trabajar más tiempo”²³ y la reducción del gasto público en pensiones, han causado que las edades para acceder a pensión sean elevadas y la privatización, sea la meta de los países candidatos a unirse al círculo selecto.

Las nuevas condiciones normativas, impulsadas por organizaciones financieras de corte transnacional²⁴, son palmariamente nocivas²⁵ para los intereses de los usuarios con expectativas próximas de obtener un beneficio del Sistema General de Pensiones. Además las desmejoras obstaculizan, en general, el acceso a las generaciones futuras²⁶, bien sea con edades extremas, o bien con el aumento de semanas cotizadas, sin contar con que, debido a la creciente desigualdad económica entre clases sociales, se desincentiva y mina el camino para la realización del principio de solidaridad²⁷. Difícilmente, “la sociedad [se puede entender] como un sistema equitativo de cooperación”²⁸, pues, la falta de acceso a formas dignas de trabajo evita la realización de los aportes al Sistema General de Pensiones por parte de los empleados; presentándose así una operación enervada en la retroalimentación y el sostenimiento del sistema. Por lo tanto se debería pensar en una sociedad de cooperación para ventajas mutuas y equidad; en

una administración eficiente de recursos sociales que maximice la satisfacción de las necesidades²⁹.

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD

El derecho a la verdad no se ha construido a partir de su consagración en un texto normativo vinculante, sino que ha sido producto de la interpretación que se ha dado al alcance de disposiciones referentes a otros derechos. Se han ubicado los orígenes del derecho a la verdad en la consagración de otros derechos en la normatividad internacional³⁰, como ocurre con el acceso a recursos judiciales efectivos³¹ o el derecho de las familias a conocer la suerte de sus miembros³². Será con los Principios Joinet (1998) cuando se formulan los que vendrían a ser los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos, siendo uno de ellos el derecho a la verdad, tomando una formulación autónoma. Es importante destacar que a partir de esta formulación, el derecho a la verdad adquiere un alcance individual y un alcance colectivo, donde el titular también es la sociedad³³. Este derecho ha tenido su mayor desarrollo conceptual en el marco de la definición de un nuevo modelo de justicia, en contextos de transición de regímenes autoritarios a democráticos o de situaciones de conflicto a la paz, lo cual ha sido denominado justicia transicional³⁴.

23 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos “Living longer must mean working longer, says OECD”, disponible en: <http://www.oecd.org/general/livinglongermustmeanworkinglongersaysoecd.htm>

24 BLACKBURN, Robin, “El futuro del sistema de pensiones: Crisis financiera y Estado de bienestar”, 1 ed, España: Ediciones Akal S.A., 2010, p. 18.

25 Se debe anotar que los requisitos para pensionarse cada vez son más exigentes, en cuanto la edad y los aportes que tienen que hacer al sistema.

26 “Algunas disminuciones de salarios, prestaciones o del alcance de la negociación se realizaron en cumplimiento de conjuntos de medidas de austeridad más amplios y negociados con el Banco Central Europeo (BCE), la Comisión Europea (CE) y el FMI. Estas medidas también incluyeron cambios en la edad de la jubilación y los derechos en materia de pensiones. En algunos casos, estas medidas se adoptaron pese a huelgas y otras manifestaciones de oposición pública. En algunos países, esta oposición de los ciudadanos y de los sindicatos llegó incluso a provocar cambios de gobierno” OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), “Diálogo social: Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2013, p.32

27 Ver Artículo 2º “PRINCIPIOS” de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la Constitución Política.

28 Para John Rawls la justicia como equidad es un sistema de cooperación entre personas libres e iguales, donde por medio de la razón pública, se materializa el acuerdo libre (principios) legitimando el sistema. RAWLS, John. “La Justicia Como Equidad”, España: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2000, pp.44-45.

29 RAWLS, Jhon. “Teoría de la justicia”, 2.ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p.44.

30 GALAIN, Palermo, P. Relaciones entre el “Derecho a la Verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En K. Ambos, M. Ezequiel, & G. E. (Editores), Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional (Tomo II) (pág. 266 y 267). Berlín: Konrad Adenauer Stiftung e, 2001. V; NAJAR MORENO, E. “Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Marco de la Aplicación de la Ley de Justicia y Paz”. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.

31 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, en su artículo 14.1, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8.1

32 protocolo adicional a los convenios de ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (protocolo i), artículo 32.

33 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías. CN.4/Sub. 2/1997/20/rev.1, 2 de octubre de 2007. Citado en NAJAR MORENO, Esperanza. DERECHO A LA VERDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2009. Pág. 34.

34 RETTBERG, A. “Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y

El profesor Gerardo Arenas ve al derecho de la pensión como un componente o contingencia dentro del derecho a la seguridad social, y esto se entiende como “Las prestaciones de vejez han sido, según la OIT, los beneficios de la seguridad social que ofrecen más variedad en los sistemas normativos. Existen regímenes muy amplios en este campo como los de protección universal y los llamados “de asistencia social” que conceden pensiones a las edades establecidas sin exigir requisitos de cotización. Los más comunes, sin embargo, son los de seguros sociales, que proporcionan pensiones a determinada edad y según el tiempo de trabajo o las cotizaciones aportadas.”

“...Pensión Proviene del latín *pensionis*, que significa pago, específicamente se refiere a la cantidad de dinero que “recibe una persona periódicamente por cumplir con ciertos requisitos como jubilación, invalidez, orfandad, viudedad, o alimentación, entre otras... Término generalmente utilizado para indicar la forma en que se recibe la renta por la jubilación o el retiro de un trabajador. Las pensiones son pagos mensuales que provienen de un fondo de pensiones o de una partida especial del presupuesto público; los fondos de pensiones, a su vez, pueden ser públicos o privados, existiendo a veces alguna combinación entre ambas modalidades. ... Jubilación: Proviene de “júbilo o celebración y se refiere, en seguridad social, a retirar a una persona del trabajo por haber cumplido la edad estipulada por ley o por enfermedad, asignándole una pensión vitalicia. Los dos conceptos definidos con anterioridad, no encuentran en las leyes la definición de su naturaleza jurídica, sin embargo, son aceptados como el derecho que tienen los trabajadores de obtener una compensación económica lo largo de su vida, luego de finalizar su actividad laboral.” TREJO, Elma, “Estudio Jurídico Internacional y de Derecho Comparado sobre las Pensiones”, México: Centro de Documentación, Información y Análisis -Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, 2007, p.6

En el caso colombiano, se destaca un reconocimiento progresivo del derecho a la verdad inicialmente en la legislación procesal penal y de manera muy restrictiva. Lo anterior se explica a que sólo se contemplaba la actuación de la víctima con fines netamente pecuniarios³⁵, lo cual variará con el rol de la víctima en la justicia penal militar donde se constituye en el impulso del proceso para la obtención de la verdad sobre los hechos ocurridos³⁶. Será a partir de 2002 cuando el derecho a la verdad obtiene su reconocimiento interno como derecho de las víctimas, adoptando los estándares internacionales³⁷. Ahora, en Colombia, se han promulgado normas que han regulado procesos de desarme y desmovilización buscando, por lo menos formalmente, proteger los derechos a las víctimas. En cuanto al derecho a la verdad se destacan la Ley 975 de 2005³⁸ – Ley de Justicia y Paz –, la Ley 1448 de 2011³⁹

– Ley de Víctimas – y la Ley 1424 de 2010⁴⁰. Dicha evolución jurisprudencial, junto con la promulgación de las leyes antes referenciadas, hace parte del proceso de adecuación de la normativa interna a los nuevos mandatos de la justicia transicional, transformación también propia de otros Estados en procesos de paso de pasados violentos al reconocimiento –por lo menos nominal- de los derechos de las víctimas⁴¹.

Dilemas de la Justicia Transicional”. Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.

35 Decreto 50 de 1987, arts. 16, 37.2, 38; Decreto 2700 de 1981, arts. 43 a 51; CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-293 de 1995.

36 Ley 522 de 1999, artículo 305. Esta Ley deroga el Decreto 2550 de 1988; Sentencia T-275 de 1994, Sentencia C-1149 2001.

37 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-228 del 03 de abril de 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinoza y Eduardo Montealegre Lynett.

38 Arts. 7, 8, 15, 17, 32, 48, 56 y 57.

39 Arts. 1, 3, 23, 139, 143, 144, 145, 146 y 148.

40 Ley 1424 del 29 de diciembre de 2010, Por la cual se dictan disposiciones de justicia transicional que garanticen verdad, justicia y reparación a las víctimas de desmovilizados de grupos organizados al margen de la ley, se conceden beneficios jurídicos y se dictan otras disposiciones.

41 Recurriendo a la perspectiva comparada, el caso argentino se destaca del paso de la dictadura de finales de los setenta y comienzos de los ochenta a la transición a la democracia y, concretamente respecto del derecho a la verdad, de normas de perdón y olvido (la Ley 23.049 de 1984 o Código de Justicia Militar -art. 10 sobre la competencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas de delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de esta ley-, Ley 23.492 de 1986 o Ley de Punto Final, Ley 23.521 de 1987 o Ley de Obediencia Debida y el Decreto Ejecutivo 1002 de 1989 o de “Indulto Presidencial”; Corte Suprema de Justicia, S. 1085. XXXI. Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. 13 de agosto de 1998) a su derogación en obediencia a los estándares internacionales (Corte Suprema de Justicia, Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FFAA.- s/ amparo ley 16.986. 15 de octubre de 1998; y sería en 2003 con la promulgación de la Ley 25.779 – que consta de sólo dos artículos- cuando se declararía la nulidad insanable de las Leyes de Punto Final y de Obediencia Debida).

Es necesario destacar la Sentencia C-370 de 2006⁴², cuando liga el derecho a la verdad a la paz como derecho, al definir ésta como la “*efectiva armonía social proveniente del pleno cumplimiento de los mandatos de optimización contenidos en las normas de Derechos Humanos*” dentro de su desarrollo máximo⁴³, y señala que, en relación con su contenido subjetivo, el mínimo a la paz constituye un derecho fundamental “*ya que de su garantía depende la efectividad de los demás derechos civiles y políticos de la persona*”⁴⁴. Este acopio sirve a la Corte para reiterar que “*el derecho de las víctimas de delitos a conocer la verdad de lo ocurrido y el derecho de la sociedad a esclarecer procesos de macrocriminalidad que afectan de manera masiva y sistemática los derechos humanos de la población, son derechos constitucionales*”⁴⁵.

El derecho a la verdad ha tenido un desarrollo prolijo en cuanto su conceptualización, pero como modelo de justicia no se materializa, dado que, entre los actores, el que tenga más recursos de poder, es quien equilibra la balanza a su favor para construir la historia a su acomodo. La crítica más dura que ha recibido este proceso, y esta normatividad, ha sido la de considerarse por parte del Estado colombiano como un proceso transicional mientras el conflicto armado permanece. Esta circunstancia ha llevado a la conclusión crítica de la imposibilidad de producirse una “*transformación radical del orden social y político*” siendo “*una justicia transicional y paz fragmentada*”⁴⁶ y cómo, en cuanto al derecho a la verdad, no hay garantías para que no haya impunidad y en su lugar se concedan beneficios jurídicos a los victimarios. También se cuestiona la construcción de memoria histórica a partir de normas e instituciones estatales, *lo cual puede desembocar en la producción de un relato “oficial” sin que haya un verdadero contacto entre esta historia y la sociedad como víctima.*

42 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-370 del 18 de mayo de 2006, Expediente D-6032, Magistrados Ponentes Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Gálviz y Clara Inés Vargas Hernández.

43 *Ibid.*, Pág. 229.

44 *Ibid.*, Esta consideración proviene de la Sentencia T-439 de 2002 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)

45 *Ibid.* Pág. 274. Remite al contenido de la Sentencia C-228 de 2002.

46 UPRIMNY, R., SAFFON SANÍN, M. P., BOTERO MARINO, C., & RESTREPO SALDARRIAGA, E. (2006). “*¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*”. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. 2006, pág. 14.

Finalmente, la construcción de la historia puede permearse por intereses particulares que buscan decidir sobre el pasado o continuar con la victimización⁴⁷ por ser un espacio adicional a la guerra, a la búsqueda de la supresión del otro y a la historia escrita por los vencedores. Dicho escenario de guerra se lucha a través de la manipulación de la información y de la opinión⁴⁸, o la aniquilación de ésta. En los contextos donde la violación sistemática y masiva de los derechos humanos hace parte de la lógica de la lucha contra el enemigo, la violencia no finaliza sino hasta la proclamación de una consigna que defina a la “nación” o a la “patria”.

4. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO A LA IGUALDAD

La Corte Constitucional destaca la trascendencia del principio de igualdad en el sistema político adoptado por Colombia por medio de la Constitución de 1991, el cual es el “Estado Social y Constitucional de Derecho”. Es así como desglosa este concepto y extrae el principio de igualdad del Estado de Derecho, al establecer límites al poder y exigir un trato igualitario por parte de la ley abstracta y general; en el Estado Social, al exigir la persecución de la igualdad en las condiciones materiales de existencia de las personas corrigiendo por medio de acciones positivas dirigidas a grupos vulnerables⁴⁹; y en el Estado Constitucional⁵⁰, entendido como un

47 ANTEQUERA GUZMÁN, J. D. “*La memoria histórica como relato emblemático*”. Bogotá: Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament, 2011, págs. 29 y 30.

48 GALAIN, Palermo, P. *Op Cit.*

49 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-221 del veintinueve de mayo de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-044 del 27 de enero de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería) y T-387 del veinticinco de mayo de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

50 *Es así como se puede concluir que, con el fin de erradicar la arbitrariedad, en el ejercicio del poder público deben adoptarse razones aceptables (principio de razonabilidad), constitucionalmente legítimas, propias de un orden constitucional respetuoso de la dignidad humana. La Corte encuentra así la explicación del contenido complejo del artículo 13 de la Carta Política, pero es clara en que este principio irradia todo el ordenamiento por ser transversal a las disposiciones constitucionales y al Estado Social y Constitucional de Derecho adoptado en el artículo 1 y fundado en el respeto de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, incluso haciendo alusión a jurisprudencia internacional donde se denomina al principio de igualdad como principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos, producto de una evolución histórica internacional – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2 y 3, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 24- que reconoce la existencia de limitaciones naturales y sociales que*

catálogo de derechos y garantías que permite dotar de eficacia tanto a la igualdad formal como a la material, entrelazando con el respeto a la diferencia y al pluralismo. Todo lo anterior exige que los jueces constitucionales den un trato igual a las personas en condiciones iguales y un trato diferenciado en diferentes circunstancias⁵¹, procurando que los criterios adoptados sean acordes a los principios y valores constitucionales y que, en los casos donde el operador judicial considere que se requiere un trato diferenciado⁵², este sea porque las diferencias priman sobre las similitudes⁵³; por lo que también es considerado un concepto de carácter relacional más no una cualidad de una persona, objeto o situación⁵⁴, producto de la ausencia de un contenido material específico reducible a determinada actividad humana, cuando se extiende ante cualquier trato diferenciado injustificado⁵⁵.

El principio de igualdad ha sido apropiado como un valor indiscutido y común en la cultura occidental y con una vocación universal, lo que se intuye cuando se encuentra consagrado en la mayor parte de las constituciones democráticas y de la normatividad internacional, tanto en su versión formal como en su exigencia material,

impiden que las personas sean realmente libres e iguales, y que también se explica por el triple papel que cumple la igualdad en el ordenamiento colombiano al ser valor, principio y derecho fundamental, por lo que los entes públicos deben propender por adoptar las medidas necesarias para construir un orden político, económico y social justo, conforme el artículo 2 Constitucional. Ver CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias C-258 del 07 de mayo de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia T-376 del veintiocho de junio de 2013. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, C-1019 del veintiocho de noviembre de 2012. M.P.: Mauricio González Cuervo, C-1064 del 10 de octubre de 2001 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño), C-288 del dieciocho de abril de 2012 (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva), Sentencia T-426 del veinticuatro de junio de 1992. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, y Auto 268 del 30 de julio de 2010 (Solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-724 del veinte de agosto de 2003, M.P.: Jaime Araujo Rentería). M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

⁵¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-1125 del doce de noviembre de 2008. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵² *Ibid.*, Sentencia C-609 del primero de agosto de 2012. M.P.: Jorge Ivan Palacio Palacio.

⁵³ *Ibid.*, Sentencia T-376 del veintiocho de junio de 2013. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

⁵⁴ RUBIO LLORENTE, F. "LA FORMA DEL PODER. ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN". Vol. III. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, págs. 1149. Citado en la Sentencia C-313 del veintitrés de mayo de 2013 de la Corte Constitucional de Colombia (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-818 del trece de octubre de 2010, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

incluso desde la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁵⁶. Sin embargo, también se ha señalado que antecede a este reconocimiento un progreso moral en la historia de la humanidad, la cual ha abandonado paulatinamente criterios que determinaban tanto el posicionamiento de ciertos grupos sociales como la exclusión de otros (por género, edad, condiciones físicas, estatus social, raza, credo, nacionalidad, entre otros), al ser advertidos como orígenes de actos violentos⁵⁷.

También se destaca que la igualdad, como principio, presupone una relación en la medida en que significa la existencia de dos entes y, asimismo, no puede existir una igualdad absoluta. Lo anterior introduce un nuevo aspecto: el empleo de criterios bajo los cuales dos objetos o situaciones se comparan, los que también se han denominado *tertium comparationis*⁵⁸. También la igualdad se ha considerado análoga, en la medida en que puede predicarse a partir de una comparación entre los núcleos, o formas de dos objetos o situaciones y también entre dos o más relaciones entre objetos o situaciones, lo que también puede trasladarse al discurso jurídico y la igualdad entre los hombres –*todos los hombres son iguales*⁵⁹, la igualdad como exigencia de justicia –la relación que diversas teorías, desde Aristóteles hasta Rawls, han predicado entre la igualdad y la justicia en la

El principio de igualdad ha sido apropiado como un valor indiscutido y común en la cultura occidental y con una vocación universal, lo que se intuye cuando se encuentra consagrado en la mayor parte de las constituciones democráticas (...).

⁵⁶ DIDIER, María Marta. "El Principio De La Igualdad En Las Normas Jurídicas". Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, págs. 11 y 19.

⁵⁷ RABOSSI, Eduardo. "Derechos Humanos: El Principio de Igualdad y la Discriminación". Artículo de "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", Núm. 7. Argentina: Septiembre-diciembre de 1990.

⁵⁸ *Ibidem*. Pág. 22.

⁵⁹ En el caso argentino, el artículo 16 de la Constitución Nacional de Argentina establece que la igualdad ante la ley de todas las personas y la prohibición de prerrogativas por cualquier motivo, además de ser fuente de iguales deberes.

titularidad y goce de derechos de las personas⁶⁰, la igualdad formal y la igualdad material⁶¹.

La igualdad, como principio y derecho, tiene su origen más marcado con la Revolución Francesa, plasmado en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en sus artículos I y VI. En cuanto a los tratados internacionales⁶², la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre (1948), en su artículo 2, consagra la igualdad ante la ley sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. Alcance que será “ampliado” por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en sus artículos 1, 2, 7 y 10. Posteriormente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), en sus artículos 2.1, 3, 20.2, 23.4, 24.1 y 26 desarrolla con mayores detalles el alcance del principio de igualdad, establecido en la Declaración Universal de 1948, así como también lo hará en el mismo año el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en sus artículos: 2.2., 3, 7(1)(a) –salario igual a trabajo igual-, 11(2)(b) –distribución equitativa de alimentos-, y 13(2)(a, b y c) –acceso igualitario a la educación primaria, secundaria y superior-. Además de otros que desarrollan específicamente la protección igualitaria y la prohibición de discriminación por condiciones sospechosas⁶³.

Tanto la extracción de la igualdad como principio para la construcción del Estado - como organización política-, así como su reconocimiento de derecho en el estándar internacional, ha desembocado también en su reconocimiento en “el sistema tutelar de los derechos humanos” internacional, parte del *ius cogens*, permeando y sosteniendo el ordenamiento nacional e internacional, tanto en su exigencia de respetar y garantizar la igualdad entre las personas, como de abstención de tratos desiguales injustificados⁶⁴.

60 *Ibidem*. Pág. 27 a 31. Desde la primera mitad del siglo XX la Corte Suprema de Justicia argentina desvela dicha normatividad como producto de la “conciencia democrática de sus autores” y la fuente de un derecho de todas las personas contra la existencia de privilegios “que excluya a unos de lo que concede a otros en iguales circunstancias” (Corte Suprema de Justicia de la Nación –Argentina-, Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires, Fallo del veinte de junio de 1928; Unión Cívica Radical de la provincia de Santiago del Estero c. provincia de Santiago del Estero, Fallo del cinco de noviembre de 2013.). En tiempos más recientes, destaca los programas sociales de asistencia social a cargo del Estado como mecanismos que conducen al desarrollo humano y contribuyen al “progreso económico con justicia social e igualdad de oportunidades” plasmado en el artículo 75.19 constitucional (Corte Suprema de Justicia de la Nación –Argentina-, CIPPEC c. EN- M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986, Fallo del veintiséis de marzo de 2014.). Asimismo, y en desarrollo del segundo componente del principio de igualdad –trato diferenciado en circunstancias desiguales-, justifica tratamientos diferenciados dentro de un mismo régimen legal cuando existen desigualdades fácticas “que pueden traducirse en desigualdades justificadas” (Corte Suprema de Justicia de la Nación –Argentina-, Llevara, Walter Abraham c. Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otro, Fallo del veintinueve de octubre de 2013.), basadas en diferencias razonables (Corte Suprema de Justicia de la Nación –Argentina-, Fernández, Eduardo c. T.A. La Estrella, Fallo del diez de junio de 1992.). Igualmente, incluye en las atribuciones del Congreso la de legislar y promover medidas positivas “que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (Constitución Nacional, Art. 75, inc. 23)

61 *Ibidem*. Pág. 23. RONCONI, Liliana y VITA, Leticia. “EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL”. Artículo de “Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho”. Buenos Aires: Año 10, número 19, 2012, págs. 31-62. RABOSI, Eduardo. Op. Cit.

62 Se destaca la consagración de la igualdad en los siguientes ordenamientos regionales: CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969), Arts. 1, 8.2, 13.5, 17.4 y 24, Igualdad y no discriminación; Igualdad en garantías judiciales; Prohibición de la apología a tratos discriminatorios; Igualdad en derechos y responsabilidades de los cónyuges. También el CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1950), Art. 6, 12, 14, Derecho a un proceso equitativo; Derecho a contraer matrimonio; Prohibición de discriminación. La CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (1981), Art. 2, 3, 13.3, 15, 18.3, 18.4, 19, 22, 28, Igualdad y no discriminación; Igualdad ante la ley y de protección de la ley; Igualdad de acceso a la propiedad y a los servicios públicos; Salario igual a trabajo igual; No discriminación contra la mujer; Medidas afirmativas dirigidas a la protección de ancianos y “minusválidos”; Igualdad entre los pueblos y prohibición de dominación de un pueblo sobre otro; Igualdad de los pueblos al disfrute de la herencia común de la humanidad; No discriminación entre los individuos. La CARTA ÁRABE DE DERECHOS HUMANOS (1994), Art. 1.b,

2, 9, 35, condena del racismo, sionismo, ocupación y control extranjero; Igualdad y no discriminación; Igualdad ante el poder judicial; Igualdad de acceso a la educación. DECLARACION DE DERECHOS HUMANOS DEL SUDESTE ASIÁTICO (2012), Art. 1, 2, 3, 4, 9, Igualdad en dignidad y derechos; Igualdad y no discriminación; Igualdad ante la ley y de protección de la ley; Inalienabilidad, integridad e indivisibilidad de los derechos de las mujeres, niños, ancianos, personas con discapacidades, trabajadores migrantes y grupos marginados y vulnerables; Trato igual y justo a los derechos y libertades fundamentales, con igual equilibrio y énfasis; Principio de no discriminación, imparcialidad, objetividad y no selectividad.

63 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981), convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1969), convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), convención sobre los derechos del niño (1989), convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

64 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. Rep. Dominicana, Sentencia del 24 de octubre de 2012, párrs. 225 y 226

5. CONCEPTUALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

En el ordenamiento colombiano, el principio de solidaridad ha sido reconocido en los artículos 1 (Estado Social de Derecho fundado en la solidaridad entre las personas), 2 (fin esencial de Estado es asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo), 48 (principio de la seguridad social como servicio público), 58 (función social de la propiedad privada y la protección de formas asociativas y solidarias de propiedad), 95 (deberes de las personas y del ciudadano) y 356 (concurrencia del Estado en los gastos en servicios de competencia de los departamentos, distritos y municipios). Asimismo, para efectos de este trabajo, se ha reconocido en legislaciones especiales, tanto en el sistema de seguridad social⁶⁵ como en las normas de justicia transicional⁶⁶.

El principio de solidaridad se destaca como uno de los cuatro pilares del Estado Social de Derecho, de los cuales se desprenden otros como “la equidad y progresividad tributaria (Art. 363 C.P.), al igual que derechos, con (sic) sucede con la seguridad social (Art. 48 C.P.), o deberes, por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares”⁶⁷. Aunque se ha ubicado su origen en la teoría de las obligaciones, desde el constitucionalismo ha sido traducido a un deber correlativo entre los particulares, el cual pone fin al paternalismo estatal y traslada responsabilidades a las personas por el hecho de pertenecer a un conglomerado social; el cual vincula sus acciones y esfuerzos al beneficio para los demás y para el colectivo⁶⁸, fundando la convivencia en la cooperación y no en el

egoísmo⁶⁹. Frente al sistema de seguridad social, esto se traduce en el deber de los particulares de contribuir a la sostenibilidad, equidad y eficiencia para el sostenimiento del sistema en beneficio propio y de los demás contribuyentes⁷⁰. Igualmente, se ha establecido que la responsabilidad patrimonial del Estado parte de la obligación estatal de reparar los daños ocurridos por sus actuaciones y que la víctima no debe asumir la carga, garantizando los principios de igualdad y solidaridad⁷¹.

La solidaridad⁷² como fundamento de los derechos, está más allá de la escueta relación de grupo o pluralismo, también incluye el elemento ambiental como componente subjetivo, aplicado moralmente a los no humanos. Igualmente, la solidaridad debe predicarse materialmente en espacio y tiempo, es decir que las generaciones actuales deben cambiar sus hábitos de sobreexplotación, depredación y sobreconsumo, no obstante, de forma globalizada, de manera que los países del primer mundo se preocupen por los países del sur⁷³.

65 Ley 100 de 1993, art. 2 (Principio del sistema de seguridad social).

66 Decreto 1290 de 2008, art. 2 (Responsabilidad solidaria de los desmovilizados en la reparación a las víctimas), Ley 1448 de 2011, arts. 14 (deber de solidaridad y respeto de la sociedad civil y el sector privado con las víctimas), 143 (Deber de memoria del Estado).

67 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288 del dieciocho de abril de 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Vila.

68 En el caso argentino, en la Constitución Nacional, la alusión más cercana al principio de solidaridad se encuentra en el art. 67.2, que establece como atribución del Congreso la de imponer contribuciones directas “en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan”.

69 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-550 del dos de diciembre de 1994, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

70 Ibid., Sentencia C-126 del dieciséis de febrero de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia ha hecho énfasis en la realidad de las relaciones humanas, concretamente en las relaciones de dependencia o de ayuda recíproca económica, lo que desemboca en nexos de asistencia y de solidaridad para satisfacer las necesidades materiales de la vida, las cuales se ven afectadas con la muerte de una de las partes de esa relación (Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina-, P., A. c. ANSES, Fallo del veintiocho de junio de 2011). Asimismo, en materia laboral, se destaca que las relaciones que se generan en el trabajo exceden en lo relativo al mercado y están marcadas por los principios de cooperación, solidaridad y justicia, reconocidos constitucionalmente (Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina-, Aceval Polachi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A., Fallo del veintiocho de junio de 2011).

71 Ibid, Sentencia C-1149 del treinta y uno de octubre de 2001, M.P.: Jaime Araujo Rentería.

72 Algunos doctrinantes han ubicado el surgimiento de la solidaridad como principio del ordenamiento en la crisis de los últimos siglos del sujeto social en medio de conflictos de intereses, contexto que hace necesaria la aparición de la solidaridad en un momento histórico determinado como capacidad jurídica para desarrollar procesos de articulación social y de coexistencia pacífica entre elementos contradictorios de la sociedad, que pueden interpretarse en la reforma propuesta por el Estado Social y las corrientes sociales que propugnan por la protección del más débil. MARTÍN, Carlos de C., “Teoría Constitucional de la Solidaridad”, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, págs. 21 a 35.

73 MESA, Gregorio, “Derechos ambientales en perspectiva de integralidad”, 3 ed, Colombia: Editorial Universidad nacional de Colombia, 2013, p.132.

6. UNA RESPUESTA INTEGRAL PARA REVINDICAR LOS DERECHOS

Actualmente, a pesar de haberse formalizado principios como la solidaridad y la igualdad, el ser humano opera generalmente en la línea de lógicas económicas. Racional o irracionalmente es empujado hacia un encasillamiento y parametrización de las condiciones en las que debe desenvolver sus diferentes roles en el trascurso de su vida. Principalmente, el individualismo y el egoísmo son presentados como herramientas para alcanzar el bienestar. La teoría neoliberal permea la forma de gobernabilidad del Estado y la concepción de derecho, derechos y justicia. Específicamente, respecto al Estado, busca a toda costa reducir de modo importante la actividad del gobierno, así como la reorganización y simplificación para lograr eficacia, pues, la expansión del Estado y el gasto público son focos de fracaso. Tratándose de los derechos busca disminuir las expectativas de los grupos sociales, minimizando las esperanzas acerca de la intervención del Estado para salvar o sanear cualquier situación⁷⁴, los rectores son el mercado y el libre comercio. Por otro lado, el derecho como monopolio del Estado es sumergido en la desregularización y la privatización⁷⁵, pues, ahora son particulares por medio de cámaras de comercio y tribunales privados los que dicen qué es derecho. Finalmente, respecto a la concepción de justicia, es vista como la pauta que permite valorar la forma de distribución de la riqueza⁷⁶.

Respecto al derecho a la pensión y la verdad, vemos que estos tienen puntos de encuentro, específicamente en el caso colombiano: (i) para ser titular de estos derechos se debe contar con requisitos, de un lado, para gozar del derecho de pensión debe tener una edad específica y un

acopio de contribuciones, de otro lado, para acceder al derecho de la verdad debe ostentar la calidad de víctima, no sólo desdibujándose en la práctica la titularidad que tiene la sociedad, sino sometida en su dimensión individual a coyunturas políticas; (ii) el Estado debe garantizarlos, pero tiene rótulo programático y aspiracional; y (iii) la materialización de estos derechos son absorbidos por lógicas económicas: La pensión ha tomado una visión privatista en la administración, además supeditada a la cotización y, por otra parte, las dimensiones individual y colectiva del derecho a la verdad se condicionan a intereses de índole político e incluso bajo raciocinios de protección de los intereses económicos y su involucramiento en el conflicto interno.

Por ello, a partir de este diagnóstico, el acceso a los derechos de la verdad y pensión, y en general todos los derechos, debe garantizarse por el simple hecho de ser u ostentar las condiciones o calidades de un ser humano en estado de vulnerabilidad, es decir, que el criterio sea la dignidad humana, el trato igual y la solidaridad. El modelo de Estado que puede contribuir de mayor manera a estos objetivos es el Estado Social de Derecho, como vía alternativa al modelo neoliberal, donde cimientos tales como la provisión universal de servicios sociales sean una verdadera respuesta a la realidad social⁷⁷. Asimismo, se debe dar cabida a la restructuración de los estamentos de poder y la apertura colectiva del acceso a los derechos. En el caso particular del derecho a la verdad y la pensión, la aplicación de estos pilares serían presupuestos que blindarían de óbices a la realización de estos derechos, pues, la infantería de la economía neoliberal, precisamente, se interpone generando dificultad para el acceso a la pensión cuando la mercantilizarla, y respecto al derecho a la verdad enervando su optimización y visión colectiva para ser gobernada por los intereses del poder.

La intervención del Estado, respecto de la economía, debe ser catártica y fundamentadora de bastiones contra el individualismo y el despojo. Para este propósito, la educación de todos los seres es una inefable proyección hacia la materialización, puesto que, el discurso

74 VARGAS, Alejo, "Actores, gobernabilidad y participación" en publicación: *Control social a la gestión pública nociones y conceptos* 1ed, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2009, p.81

75 ESTRADA, Jairo, "Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia", en publicación: *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado*, Argentina: Editorial CLACSO, 2006, p. 248.

76 Sostendré en cambio que las personas en la situación inicial escogerían dos principios bastante diferentes: el primero exige igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos, mientras que el segundo mantiene que las desigualdades sociales y económicas, por ejemplo las desigualdades de riqueza y autoridad, sólo son justas si producen beneficios compensadores para todos y, en particular, para los miembros menos aventajados de la sociedad. RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, 2.ed. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

77 SALAZAR, Fernando. "Teoría económica y Estado del Bienestar. Una aproximación", Revista CUADERNOS DE ADMINISTRACIÓN, UNIVERSIDAD DEL VALLE, N° 35, ENERO - JUNIO DE 2006, P.133,134.

en la mayoría de los ámbitos académicos, institucionales y cotidianos hacen lisonja al modelo neoliberal. Sumado a lo anterior, bajo el contexto de la implementación de las políticas, el avance hacia la redistribución debe ser apoyado en una política estatal de orden fiscal progresivo⁷⁸, pero condicionado a la necesidad y un umbral de precario, luego de la estabilización, el enfoque debe ser hacia la solidaridad sin hacer que se recaiga en la dependencia y recesión laboral, esto es, que todos en la medida de sus condiciones retroalimenten el sistema y procuren condiciones mínimas de igualdad para todos.

Para los propósitos de lo proyectado en este trabajo, es relevante la interpretación del derecho por parte del realismo jurídico, pues, la incertidumbre del lenguaje y la forma de instrumentalización fortalecen no solo *“las ambiciones personales, individuales, sino de los intereses de las clases dominantes, racionalizados a través de un derecho que los favorece sistemáticamente”*⁷⁹. El derecho debe ser un instrumento de cambio en beneficio de la materialización de los derechos, en lugar de un instrumento para el mantenimiento del status quo y las lógicas de dominación que emplean los ordenamientos para legitimar sus resultados⁸⁰. En la búsqueda del paradigma que más se ajuste a este fin se encuentra la Teoría de la Justicia de John Rawls, de entrada se hace este descubrimiento cuando Rawls plantea como propósito de la justicia, entendida como equidad, las ideas familiares en la cultura política pública que lleven a una definición de justicia política que den paso a una base filosófica y moral aceptable para que las instituciones democráticas respondan a exigencias de libertad y justicia. La idea fundamental de la concepción de justicia que se logre es la idea de sociedad como sistema equitativo de cooperación⁸¹. Esto implica que los integrantes de un colectivo asuman y recuperen

una condición de poseedores en el grado mínimo esencial de facultades morales necesarias para ser parte del sistema cooperativo y se constituyan en *“autoautentificadoras de exigencias válidas”*⁸².

Su resultado es el logro de una concepción de justicia política y de una sociedad bien ordenada regulada por dicho concepto de justicia, donde todos los miembros la construyen y en el que las principales instituciones políticas y sociales hacen parte de la cooperación social y cumplen el papel de distribuidores de derechos, cargas y ventajas⁸³. Estos serán los pilares base para el logro de un equilibrio reflexivo producto de juicios razonados que resulten en una concepción de justicia política, y en el consenso entrecruzado en donde no se imponga una doctrina comprensiva particular, y a la vez no se entrometa en ella, como consecuencia y garantía del pluralismo⁸⁴. Ahora, para el logro de este equilibrio reflexivo a partir de concepciones de justicia política de manera equitativa, Amartya Sen y Michael Walzer aciertan en que es peligrosa la formulación del velo de ignorancia de Rawls, puesto que puede desembocar en distribuciones inequitativas, al no partir del reconocimiento de la diversidad de los seres humanos, producto no sólo de circunstancias materiales, sino también de la misma existencia, por mucho que la finalidad de esta formulación sea evitar el influjo de estas diferencias al momento de construir una concepción de justicia de manera consensuada⁸⁵. Dicho velo de ignorancia implicaría un momento fundacional que evada circunstancias actuales de desigualdad en la distribución de las riquezas y las oportunidades, así como el desconocimiento y vulneración de derechos humanos por medios violentos o discriminatorios, es decir, una historia de indignidades.

Lo anterior implica que, el modelo de Estado propicio para cumplir estos objetivos no puede ser el Estado Social de Derecho en su versión material, sino que debe ir más allá. Su construcción y desarrollo debe entonces partir del reconocimiento de la diversidad de los integrantes de la sociedad, que culmine en un

78 ADELANTADO, José, *“Cambios en el estado del bienestar: políticas sociales y desigualdades en España”*, 1 ed, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2000, P.66.

79 PEREZ, Carlos, *“VAGUEDAD EN EL REALISMO JURÍDICO”*, revista *DERECHO Y HUMANIDADES*, N° 19, 2012, 142

80 KENNEDY, Duncan. *“Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho”*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, págs. 35 a 45.

81 RAWLS, John *“Ideas fundamentales”* en *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*, Barcelona: Paidós, 2002. Págs. 27 y 28.

82 *Ibid.* Págs. 44.

83 *Ibid.* Pág. 33.

84 *Ibid.* Págs. 55 - 65.

85 HOYOS GÓMEZ, Diana. *“Elementos para una teoría de la justicia: una comparación entre John Rawls y Amartya Sen. En la revista Desafíos (18), Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, págs. 156-181.*

Estado que consagre y materialice el pluralismo jurídico y la democracia intercultural a partir del reconocimiento y la reivindicación de la diversidad. Aunque la Teoría de la Justicia allana el camino entre la idea organizadora central como un sistema equitativo de cooperación social y el logro de un consenso entrecruzado pleno, la reflexión hecha por Habermas sobre la obra de Dworkin contribuye a fortalecer el papel del derecho en la generación de condiciones equitativas que antecedan y sean condicionantes para el logro de un consenso. La intervención del derecho la hace obedeciendo a una función socio-integradora, mediante la cual las decisiones judiciales representan decisiones consistentes y racionalmente aceptables⁸⁶. Para no restringir consistencia y la racionalidad a las decisiones, ya previamente Habermas incluye en la teoría del derecho la autocomprensión colectiva de los miembros de la comunidad jurídica⁸⁷; la cual se ubica en la búsqueda del derecho de la legitimidad de los procedimientos racionales de su producción y aplicación. Habermas será más explícito al recurrir a la racionalidad discursiva de los procesos evolutivos autónomos del campo normativo para colmar la necesidad de legitimidad del derecho moderno, que se convertirá en una legitimidad procedimental donde sus mecanismos de discusión, que producen resultados legítimos, dependen de condiciones sociales y políticas concretas, que incluyen la democratización de subsistemas sociales⁸⁸. Lo anterior se complementa con la conclusión de Teubner, quien considera que esta democratización de subsistemas sociales implica una participación política amplia y el rediseño institucional con el objetivo de garantizar la representación de intereses inmersos en la sociedad⁸⁹.

Esta función de regulación de conflictos y de democratización de los subsistemas mantendría, según Luhmann, la autonomía del subsistema derecho frente a los otros y aun así apoyándose mutuamente a través de mecanismos integradores.⁹⁰ Teubner agrega como función

del derecho la de actuar como subsistema específico encargado de la instauración, corrección y redefinición de mecanismos autorregulatorios democráticos, y la denominará la función integradora del derecho reflexivo contemporáneo⁹¹, el cual se asemeja con la existencia de reglas, dentro de la teoría del discurso práctico de Alexy, que propendan tanto por la coherencia de los argumentos como por la imparcialidad de la argumentación práctica, así como por la participación y la igualdad y libertad como principios básicos del Estado Constitucional Democrático⁹².

Comprendiendo que derechos son todos los derechos⁹³, y que los principios deben ser aplicados a todos por igual, debemos anotar que los procesos sociales respecto a los derechos aquí esbozados de forma general, adolecen tanto de materialización, como de florecimiento progresivo. La visión desde la teoría de la integralidad permite dar un marco de crítica a la materialidad de los derechos y principios analizados en el presente documento. En este trabajo, se ha narrado la evolución de estos derechos y principios hasta el momento de su consagración nacional e internacional haciendo también referencia a ciertos aspectos propios del proceso previo a su reconocimiento formal (las revoluciones burguesas y sus declaraciones de derechos para el principio de igualdad, la aparición del Estado interventor para el principio de solidaridad e incluso para el derecho a la pensión, y la aparición de procesos locales de justicia transicional para el derecho a la verdad).

Esta exploración limitada margina, en primera medida, los procesos posteriores al reconocimiento formal de estos principios y derechos, lo que significa también ser ajena a su materialización (procesualidad). Asimismo, y al reducirse a la consagración en tratados internacionales y ordenamientos nacionales de la cultura occidental, excluye procesos de otras culturas (integralidad).

86 HABERMAS, Jürgen. "Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia" en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998. pág. 267.

87 *Ibid.* Pág. 266.

88 TEUBNER, Gunter. "Derecho reflexivo" en P. Bourdieu y G. Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000. Pág. 126.

89 *Ibid.* Pág. 127.

90 *Ibid.* Pág. 130.

91 *Ibid.* Págs. 137 y 138.

92 ALEXY, Robert. "Interpretación jurídica y discurso racional" en *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. Págs. 48 a 52.

93 MESA, Gregorio. "Derechos ambientales en perspectiva de integralidad", 3 ed, Colombia: Editorial Universidad nacional de Colombia, 2013, P.458

Lo anterior puede detectarse en los siguientes ejemplos concretos y que fueron abordados en este trabajo:

- La obtención de la igualdad material se ha supeditado a la política económica (neoliberal) adoptada no sólo por los Estados sino por la comunidad internacional globalizada, restringiendo la obligación estatal de adelantar las acciones positivas necesarias para la garantía de condiciones mínimas vitales para todas las personas -sin desconocer el pluralismo- a un mandato de buenas intenciones.

- A lo anterior puede sumarse la Carta Africana sobre los Derechos de los Humanos y de los Pueblos y su consagración de la igualdad de los pueblos y prohibición de dominación de uno sobre otro, seguramente con orígenes en los procesos poscoloniales africanos. En primer lugar, estos llamados al reconocimiento de los derechos de los pueblos, concretamente de los pueblos marginados, en vías de desarrollo y del Tercer Mundo, a través de tratados como el africano o la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos (Argel, 1976), se han evadido de la enseñanza tradicional de la historia de reivindicación en el derecho internacional; en segundo lugar, el modelo económico capitalista expandido en las economías internacionales implica una “estratificación” y división del trabajo entre los pueblos, principalmente entre quienes se apropian de recursos y quienes deben encargarse de su extracción y en el sufrimiento directo de los daños ambientales y conflictos sociales, los cuales se generan a partir de estas dinámicas mercantiles.

- Luego del diseño e implementación de políticas de seguridad social en la primera mitad del siglo XX, en las últimas décadas se vive un proceso de regresividad en éstos por medio del endurecimiento en los requisitos para acceder a la pensión, paralelo a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y al desproporcional aumento del salario mínimo, así como con la privatización paulatina del sistema de pensiones. Lo anterior va en desmedro de los sistemas de pensiones, significando también la vulneración de los principios a la solidaridad y a la igualdad.

- Aunque la historia del reconocimiento del derecho a la verdad, concretamente del derecho a la verdad de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, se caracteriza

por una progresiva consagración, primero internacionalmente y luego en los ordenamientos internos, esto ha sido de carácter formal mientras que su materialización sigue supeditada a intereses políticos e incluso, como en el caso colombiano, es un nuevo campo de batalla del conflicto interno que ignora el derecho a la verdad en su sentido colectivo, evadiendo el cumplimiento de los principios de solidaridad e igualdad, en la medida en que se desconoce a las víctimas como sujetos de derechos.

Por ello, en todo el globo (espacialidad), se debe universalizar la materialización de los derechos y garantizar que las luchas y reivindicaciones de hoy consigan mejoras progresivas para las generaciones futuras. Sin embargo, la vigencia de este postulado sólo será posible si movemos los pilares neoliberales e individualistas de los Estados, sistemas judiciales y organismos internacionales, pues, ellos son los que direccionan, condenan y educan hacia la miseria de todos los que no están en las elites de poder.

CONCLUSIONES Y SOLUCIÓN DEL CASO HIPOTÉTICO

El reconocimiento normativo de los derechos a la pensión y a la verdad se da en dos épocas distintas, las cuales significaron cambios revolucionarios en la historia de los derechos humanos: El derecho a la pensión, dentro del origen histórico de la seguridad social, es propio de los primeros pasos de la formulación del Estado de Bienestar, mientras que el derecho a la verdad adquiere su reconocimiento explícito y autónomo por medio de la definición de la justicia transicional de finales del siglo XX, a partir de la transición post conflictos o gobiernos autoritarios. El desarrollo de la formulación de estos dos derechos se reflejará en la normatividad internacional que luego será adoptada por los ordenamientos internos. En esta evolución ha tenido papel preponderante la función de la doctrina como fuente del derecho.

En este trabajo se ha expuesto como estos dos derechos integran y requieren de una visión integral para su materialización, y dentro de ésta se encuentran la materialización transversal de los principios a la solidaridad y a la igualdad. Estos principios como pilares del Estado Social de Derecho permiten complementar el enfoque

y materialización de los derechos aquí citados, además de ser valores inmanentes en la mayoría de sociedades del mundo, donde la cooperación y la homogenización de condiciones y recursos han permitido vislumbrar la pacífica convivencia. Tanto el derecho a la pensión como a la verdad involucran una visión de la sociedad como beneficiaria-titular del derecho y del sistema, y requiere de la responsabilidad y participación de cada uno de sus integrantes. Asimismo, desde determinados postulados, se defiende que la garantía de estos derechos debe responder a las condiciones materiales existentes en cada caso y en la sociedad como tal.

Sin embargo, el reconocimiento de estos derechos no ha quedado allí. Observamos en la actualidad cómo su materialización se ve condicionada a lógicas extrajurídicas que lo alejan de las condiciones reales de sus titulares como sujetos de derechos. Esto se traduce en que la formulación normativa de estos derechos contrasta con su grado de cumplimiento. Lo que ocurre con estos dos derechos hace parte de la historia de los derechos humanos en cuanto significa una historia de indignidad donde los derechos se reconocen según quien los exija y en el contexto en que lo haga.

Propusimos que estos derechos y principios deben reconstruirse no en su autonomía sino desde su integralidad, a partir del reconocimiento de estos derechos como procesos y de que su materialización no se mida desde la ley escrita o su promulgación formal sino en la medida en que responda a las condiciones materiales existentes; procurando garantizar unas condiciones, valga la redundancia, mínimas vitales y de acuerdo al sujeto de derechos. Siendo este el fin último, para la obtención de este objetivo procuramos adoptar los postulados del Estado Social de Derecho como modelo de organización política, el cual adopta como pilares los principios a la solidaridad y la igualdad material. Pero desde

la integralidad de los derechos es necesario adoptar una visión de Estado que garantice el pluralismo no sólo jurídico sino desde lo social y desde las condiciones materiales preexistentes y posteriores. Puesto que lo que se pretende es que los derechos y su materialización se asuman desde abajo, adoptamos la teoría de la justicia de Rawls que patrocina, en primera medida, la construcción de una concepción de justicia de manera colectiva y a partir de los participantes de la comunidad, reconociendo la igualdad de estos miembros y sus diferencias. Sin embargo, esta concepción de justicia, o mejor aún su construcción, debe surgir de un marco deliberativo y partir del reconocimiento de la diversidad de sus integrantes por diferencias innatas o producidas en el trasfondo social –como sucede con la pensión ligada al mínimo vital y la verdad con la reivindicación de las víctimas-, sin pretender partir de una supuesta igualdad absoluta y abstracta.

Trasladando estos postulados al caso hipotético problemático, se confirman consideraciones incluidas en las hipótesis de solución tanto particular como general, concretamente frente a la consecución de los derechos a partir de las necesidades y capacidades del titular y no desde un silogismo formal que evalúe el cumplimiento de requisitos. Sin embargo, la solución debe ir más allá e implica transformaciones estructurales –lo que hace difícil obtener una solución concreta integral-, precisamente para que la materialización de los derechos no desconozca las condiciones reales de la sociedad y de los titulares en concreto, lo que puede obtenerse a partir de una concepción de los derechos desde su integralidad y vistos como un proceso donde la concepción y alcance de éstos se resuelve en cada caso; en medio de procesos deliberativos que incluyan a los sujetos de derechos y excluyan intereses y privilegios particulares que busquen la reproducción de la dominación de unos sobre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- ADELANTADO, José, "Cambios en el estado del bienestar: políticas sociales y desigualdades en España", 1 ed, Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2000.
- ALEXY, Robert. "Interpretación jurídica y discurso racional" en *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.
- ANTEQUERA GUZMÁN, J. D. "La memoria histórica como relato emblemático". Bogotá: Agència Catalana de Cooperació al Desenvolupament, 2011.
- ARENAS, Gerardo, "El derecho colombiano de la Seguridad Social", 3 ed, Colombia: Legis Editores SA, 2013.
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN DE FONDOS DE PENSIONES, "la capitalización individual en los sistemas de pensiones de américa latina", disponible en: http://www.aiofsp.org/estudios_publicaciones/estudios_pub/capitalizacion_individual.pdf
- BLACKBURN, Robin, "El futuro del sistema de pensiones: Crisis financiera y Estado de bienestar", 1 ed, España: Ediciones Akal S.A., 2010.
- CARTA AFRICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (1981).
- CARTA ÁRABE DE DERECHOS HUMANOS (1994).
- CERÓN, Jaime, "*SISTEMA GENERAL EN PENSIONES*", 1 ed, Colombia: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2007.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías. CN.4/Sub. 2/1997/20/rev.1, 2 de octubre de 2007. Citado en NAJAR MORENO, Esperanza
- DERECHO A LA VERDAD Y JUSTICIA TRANSICIONAL EN EL MARCO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, Colombia. 2009.
- CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1919).
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (1991).
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA (1994).
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1969).
- CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION RACIAL (1969).
- CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (1979).
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989).
- CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2006).
- CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (1950).
- CONVENIO 102 DE 1952 DE LA OIT SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL (NORMA MÍNIMA).
- CONVENIO 118 DE 1962 SOBRE LA IGUALDAD DE TRATO (SEGURIDAD SOCIAL).
- CONVENIO 128 DE 1967 SOBRE LAS PRESTACIONES DE INVALIDEZ, VEJEZ Y SOBREVIVIENTES.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-235/02, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-491/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-160/11, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No T-398/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-818/10, M.P., Humberto Antonio Sierra Porto.

- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-258/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.T-376/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-1019/12, M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-1064/01, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-288/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.T-426/92. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-293/95. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-228/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. C-370/06, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-439/02, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-221/92, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-126/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-550/94, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-044/04, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-1149/01, M.P. Jaime Araujo Rentería.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-387/12, M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-1125/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-491/92, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No.C-609/12, M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia No. T-376/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia de 28 de febrero de 2003, Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú, Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. Rep. Dominicana, Sentencia del 24 de octubre de 2012.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, Eugenio Díaz Vélez c. Provincia de Buenos Aires, Fallo del veinte de junio de 1928.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, CIPPEC c. EN- M° Desarrollo Social – dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986, Fallo del veintiséis de marzo de 2014.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, Llevara, Walter Abraham c. Empresa Ferrocarril General Belgrano S.A. y otro, Fallo del veintinueve de octubre de 2013.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, Fernández, Eduardo c. T.A. La Estrella, Fallo del diez de junio de 1992.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, S. 1085. XXXI. Suárez Mason, Carlos Guillermo s/ homicidio, privación ilegal de la libertad, etc. 13 de agosto de 1998.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, P., A. c. ANSES, Fallo del veintiocho de junio de 2011.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional -Estado Mayor Conjunto de las FF.AA.- s/ amparo ley 16.986. 15 de octubre de 1998.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN –ARGENTINA-, Aceval Polachi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A., Fallo del veintiocho de junio de 2011.
- DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)
- DECLARACIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL SUDESTE ASIÁTICO (2012).
- DECLARACIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE INTOLERANCIA Y DISCRIMINACIÓN FUNDADAS EN LA RELIGIÓN O LAS CONVICCIONES (1981).
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.
- DECRETO 50 DE 1987.
- DECRETO 1290 DE 2008.
- DIDIER, María Marta. *“EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD EN LAS NORMAS JURÍDICAS”*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.
- ESTRADA, Jairo, “Las reformas estructurales y la construcción del orden neoliberal en Colombia”, en publicación: *Los desafíos de las emancipaciones en un contexto militarizado*, Argentina: Editorial CLACSO, 2006.
- GALAIN, Palermo, P. Relaciones entre el “Derecho a la Verdad” y el proceso penal. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En K. Ambos, M. Ezequiel, & G. E. (Editores), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional (Tomo II)*, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. “Indeterminación del derecho y racionalidad de la administración de justicia” en *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, 1998.
- HOYOS GÓMEZ, Diana. “Elementos para una teoría de la justicia: una comparación entre John Rawls y Amartya Sen. En la revista *Desafíos* (18), Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- KENNEDY, Duncan. “Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho”. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- LEY 100 DE 1993.
- LEY 522 DE 1999.
- LEY 975 DE 2005.
- LEY 1424 DE 2010.
- LEY 1448 DE 2010.
- MARTÍN, Carlos de C., *“Teoría Constitucional de la Solidaridad”*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006.
- MESA, Gregorio, *“Derechos ambientales en perspectiva de integralidad”*, 3 ed, Colombia: Editorial Universidad nacional de Colombia, 2013.
- NAJAR MORENO, E. “Derecho a la Verdad y Justicia Transicional en el Marco de la Aplicación de la Ley de Justicia y Paz”. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2009.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *“Diálogo social: Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa”*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2013.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS “Living longer must mean working longer, says OECD”, disponible en: <http://www.oecd.org/general/livinglongermustmeanworkinglongersaysoecd.htm>
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (1966).
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (1966).
- PENEN, Martha, *“Cartilla práctica de aspectos laborales”*, Colombia: Legis S.A, 2007.
- PEREZ, Carlos, *“VAGUEDAD EN EL REALISMO JURÍDICO”*, revista *DERECHO Y HUMANIDADES*, N° 19.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LOS CONVENIOS DE GINEBRA DEL 12 DE AGOSTO DE 1949 RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNACIONALES (PROTOCOLO I).
- RABOSI, Eduardo. *“DERECHOS HUMANOS: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA DISCRIMINACIÓN”*. Artículo de *“Revista del Centro de Estudios Constitucionales”*, Núm.

7. Argentina: Septiembre-diciembre de 1990.
- RAWLS, John. "La Justicia Como Equidad", España: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 2000.
 - RAWLS, John. "Teoría de la justicia", 2.ed, México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
 - RAWLS, John. "Ideas fundamentales" en *La Justicia como Equidad: Una Reformulación*, Barcelona: Paidos, 2002.
 - RETTBERG, A. "Entre el Perdón y el Paredón: Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional". Bogotá: Universidad de los Andes, 2005.
 - RONCONI, Liliana y VITA, Leticia. "EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL". Artículo de "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho". Buenos Aires: Año 10, número 19, 2012.
 - RUBIO LLORENTE, F. "LA FORMA DEL PODER. ESTUDIOS SOBRE LA CONSTITUCIÓN". Vol. III. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
 - RUSSO, Adriana, "informe anual 2013 promoviendo una recuperación mundial más segura y estable", Washington: FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, 2013.
 - SALAZAR, Fernando. "Teoría económica y Estado del Bienestar. Una aproximación", Revista CUADERNOS DE ADMINISTRACIÓN, UNIVERSIDAD DEL VALLE, N° 35, ENERO - JUNIO DE 2006.
 - TEUBNER, Gunter. "Derecho reflexivo" en P. Bourdieu y G. Teubner, *La Fuerza del Derecho*, Bogota: Siglo del Hombre, 2000.
 - TREJO, Elma, "Estudio Jurídico Internacional y de Derecho Comparado sobre las Pensiones", México: Centro de Documentación, Información y Análisis -Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, 2007.
 - UPRIMNY, R., SAFFON SANÍN, M. P., BOTERO MARINO, C., & RESTREPO
 - SALDARRIAGA, E. (2006). "¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia". Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. 2006.
 - VARGAS, Alejo, "Actores, gobernabilidad y participación" en publicación: Control social a la gestión pública nociones y conceptos 1ed, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

**LA INTERRELACIÓN ENTRE EL JUEZ Y
EL ÁRBITRO INTERNACIONAL. ESTUDIO
COMPARATIVO ENTRE FRANCIA Y COLOMBIA***

**THE INTERRELATION AMONG JUDGES AND THE
INTERNATIONAL ARBITERS. COMPARATIVE
STUDY BETWEEN FRANCE & COLOMBIA**

**A INTER-RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E O ÁRBITRO
INTERNACIONAL. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE
A FRANÇA E A COLÔMBIA**

Diana Paraguacuto-Maheo^a

d.paraguacuto@nca-avocats.com

Lilian Johanna Bayona^b

l.lehaire-bayona@nca.avocats.com

Raul Gallardo^c

raulgallardoc@yahoo.com

Fecha de recepción: 21 de Mayo 2014

Fecha de revisión: 11 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 16 de Septiembre 2014

RESUMEN

Con la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, Colombia decidió modernizar su sistema legal de arbitraje nacional e internacional. De manera general el texto incorpora dentro de sus disposiciones una nueva visión del arbitraje, la cual ha sido adoptada por la mayoría de los países con sistemas de arbitraje más desarrollados. A partir de la experiencia francesa en la práctica del arbitraje, la cual ha sido impulsada y sostenida por el trabajo de los jueces, el objeto de nuestro estudio es analizar la manera cómo

** Artículo de Investigación basado en el ejercicio académico y profesional de los autores con el fin de establecer un estudio comparativo que sirva de herramienta práctica para comprender el desarrollo del arbitraje desde una óptica nacional e internacional.*

a. Abogada asociada en el bufete Ngo Cohen Amir Aslani en París, inscrita en las Barras de París, New York y Madrid. Mediadora de la CEDR y árbitro internacional, especialista en contencioso internacional, arbitraje y modos alternativos de resolución de conflictos, miembro del comité de arbitraje de la CCI, encargada de estudios de la escuela de formación de la barra de París.

b. Abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Especialización en Derecho Internacional y Europeo, Universidad París Descartes, Francia. Master II en Negocios Internacionales, Universidad París Descartes. Jurista de negocios internacionales. Abogada Asesora y consultora.

c. Abogado egresado de la Universidad del Rosario. Especialización en Derecho Civil, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia. Master II en Derecho Privado General, Universidad de Paris II Panthéon-Assas, Francia. Master II en Arbitraje y Comercio Internacional, Universidad de Versailles St Quentin en Yvelines, Francia. Aprobación examen de abogado en Francia. Abogado asesor y consultor.

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Internacionales
Núm. 7, Año 2014
enero-diciembre, pp. 251-286.
ISSN 1794-600X

se articula la colaboración entre los jueces y los árbitros a lo largo del procedimiento arbitral. ¿Existe realmente en Colombia un clima general favorable al arbitraje, que pueda permitirle erigirse como una destinación importante en el arbitraje latinoamericano?, o ¿será necesario adoptar medidas que puedan conducir al mejoramiento de sus sistema, para situarlo en la vanguardia de las legislaciones internacionales pioneras en la materia?

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional, autoridad judicial, juez de apoyo, Tribunal arbitral.

ABSTRACT

A new legislation for international and domestic arbitration has entered into force in Colombia as an attempt to modernize and improve the arbitration framework that had been established by law and practice. The 1563 Law of 2012 introduces in Colombia a new approach to arbitration, one that has been adopted in countries with more developed arbitration systems. The 1562 Law is not all revolutionary. It also confirms what had been case law in Colombia for many years. This paper is an attempt to analyze the 1562 Law and the supporting role given to the judiciary system through a comparison with the French legal framework. Indeed, the recently enacted decree in France introduces the figure of the *juge d'appui*, thereby reinforcing the already supporting role of arbitration in this country. Reading Colombian Law 1563 through the prism of France' experience in arbitration could provide us with new insights and help us determine how our judges should act to foster Colombia as a place of international arbitration.

KEYWORDS

International and domestic arbitration, support judge, judicial authority, arbitrary tribunal.

RESUMO

Com a promulgação da Lei 1.563 de 2012, a Colômbia decidiu modernizar seu sistema jurídico da arbitragem nacional e internacional. Geralmente, o texto incorpora em suas disposições uma nova visão da arbitragem que tem sido

adotada pela maioria dos países com sistemas mais desenvolvidos de arbitragem. A partir da experiência francesa na prática da arbitragem, que foi dirigida e sustentada pelo trabalho dos juízes, o objeto de nosso estudo é analisar a maneira como a colaboração entre juízes e árbitros estão articuladas ao longo dos processos de arbitragem. Na Colômbia existe realmente um clima geral favorável à arbitragem que pode permitir estabelecer-se como um dos principais destinos na arbitragem latino-americana?, Ou, é necessário tomar medidas que possam levar à melhoria do seu sistema para colocá-lo na vanguarda da legislação internacional?

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem internacional, autoridade judicial, suporte juiz, Tribunal arbitral.

INTRODUCCION

En las últimas décadas los esfuerzos para modernizar los sistemas de arbitraje de los países latinoamericanos se han multiplicado. Colombia decidió modernizar su marco legal sobre el arbitraje nacional e internacional a través de la ley 1563 de 2012; una iniciativa que demuestra la política del país para favorecer las inversiones internacionales y la competitividad, que según los propios términos de Germán Vargas Lleras, Ministro del interior y de la Justicia del momento, tienen una estrecha relación con los servicios de la administración de la justicia¹.

La Ley del 2012 se basa en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la cual establece un régimen jurídico especialmente adaptado al arbitraje comercial internacional², con algunas

¹ Ministerio del interior y de la Justicia. República de Colombia. Congreso de la República. Proyecto de ley de 2011. Por medio del cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Disponible en: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCKQFjAA&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F18041107%2F1576947705%2Fname%2FPROYECTOdoc&ei=FSIEUrfkCYTc8wSuplGIDA&usg=AFQjCNHdLfgjede7yR22sB5QYzp1uvAZpA&bvm=bv.50500085,d.eWU>.

² Como ejemplo de la influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional encontramos en América latina las legislaciones de países como Bolivia que acoge de manera parcial la ley modelo mediante la ley 9307 de 1996, Brasil lo hace de la misma manera, Nicaragua adopto la ley 540

modificaciones inspiradas en las leyes francesas, suecas y suizas sobre arbitraje.

Por su parte, Francia adoptó en el año 2011 una nueva ley de arbitraje³. El derecho francés siempre ha sido uno de los derechos más favorables al arbitraje internacional⁴ y su reforma continua en este sentido, consagra numerosas soluciones jurisprudenciales.

Mientras la legislación francesa, de tendencia liberal, ha sido impulsada ampliamente por el trabajo de los jueces, la legislación colombiana ha demostrado una voluntad política de adaptar su sistema de justicia, para hacer de Colombia un país más atractivo, en cuanto a los inversionistas extranjeros se refiere.

Sin embargo, la sola entrada en vigor de un nuevo cuerpo legal no es suficiente para asegurar el éxito del arbitraje. La experiencia del derecho francés ha demostrado que la interacción entre las autoridades judiciales y el árbitro, es esencial para garantizar su eficiencia y desarrollo.

De la manera como las autoridades judiciales colombianas adopten y desarrollen las nuevas disposiciones legales en materia de arbitraje internacional, dependerá el éxito del arbitraje internacional en Colombia. En su defecto, los esfuerzos legislativos serán “letras muertas” en el panorama jurídico y económico colombiano.

La evolución francesa, en materia de arbitraje, ha demostrado que el éxito del arbitraje depende de un total soporte del cuerpo jurisdiccional, antes, durante y después del proceso arbitral. Así las cosas, ¿los esfuerzos legislativos realizados con la ley de 2012 permitirán que Colombia sea una sede importante para los arbitrajes internacionales? ¿Los jueces están preparados

para darle al arbitraje el campo de acción que necesita para ser efectivo?

En los capítulos subsiguientes analizaremos sucesivamente el efecto negativo del principio de *competencia-competencia* frente a las autoridades judiciales, las facultades de los árbitros para decretar medidas cautelares y el apoyo del juez ordinario, necesario para agilizar, sobrellevar y fortalecer la eficiencia del proceso arbitral. En un tercer capítulo analizaremos el rol del juez de apoyo como soporte en el curso de la instancia arbitral y, finalmente, en un cuarto capítulo nos interesaremos en el ejercicio del control por parte de los jueces. En este último capítulo analizaremos adicionalmente la intervención del juez de tutela dentro del arbitraje en Colombia, factor de fragilidad, en el nuevo esquema nacional colombiano.

METODOLOGÍA

La función del juez de apoyo en las relaciones entre el sistema judicial colombiano y los tribunales de arbitramento aún no es del todo clara para los practicantes locales. Se ofrece en este estudio una comparación con la realidad francesa, amplia concedora del fenómeno, lo cual puede permitir apreciar los avances de la materia en Colombia y aquellos que deberían venir en el futuro.

1. INCOMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES NACIONALES EN PRESENCIA DE UNA CONVENCION ARBITRAL

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo mediante el cual las partes deciden someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o de un acuerdo independiente⁵.

El principio de competencia-competencia supone que sea el árbitro quien resuelva sobre las controversias del convenio arbitral y de su

de 2005 “Ley de la mediación y del arbitraje”, Panamá lo hizo mediante el decreto ley número 5 del 8 de julio de 1999.

3 Ver Decreto n° 2011-48 del 13 de enero del 2011 sobre la reforma del arbitraje, JO, 14 enero 2011, 777 [Decreto], modificando las disposiciones del nuevo Código de procedimiento Civil Francés, ver igualmente el reporte del Primer Ministro relativo al decreto n° 2011-48 sobre la reforma del arbitraje. JO, 14 enero 2011, 733. [Reporte del primer Ministro]. Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&dateTexte=&categorieLien=id>.

4 GAILLARD, Emmanuel y DE LAPASSE Pierre, *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage*, Cahiers de l'Arbitrage (2011) 2. pag. 263.

5 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículo 7. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

propia competencia. Aunque una de las partes pueda alegar la nulidad del contrato, del cual se desprende el pacto arbitral, el árbitro tendrá la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia.⁶

Esta potestad tiene como consecuencia un efecto positivo, relacionado con la competencia de los árbitros para conocer del fondo del litigio, y un efecto negativo, vinculado con la ausencia de competencia de la autoridad judicial para decidir sobre el asunto⁷, por haber sido el objeto de una convención arbitral. Los dos sistemas jurídicos analizados incorporan estos principios fundadores del arbitraje internacional, aunque con diferencias.

Analizaremos sucesivamente las implicaciones del efecto negativo del principio de competencia-competencia, que impone a la autoridad judicial la obligación de reenviar a las partes a la convención arbitral, (1.1) y cómo el principio de competencia-competencia es ejercido por los árbitros (1.2).

1.1 El efecto negativo de la competencia de las autoridades judiciales frente a la convención de arbitraje

La evolución de los sistemas legales en el arbitraje internacional y las reglas instauradas por los tratados internacionales en materia de arbitraje, tales como: El Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje; la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o Convención de New

York de 1958, y la ley modelo CNUDMI, han consagrado el principio del efecto negativo de la competencia de las autoridades judiciales frente a una convención de arbitraje.

El artículo 4 del Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje⁸, lo consagra de la siguiente manera:

4) Los Tribunales de los Estados contratantes, al presentárseles un litigio sobre un contrato celebrado entre personas comprendidas en el artículo 1, y que incluya acuerdo de arbitraje sobre diferencias actuales o futuras válido en virtud de dicho artículo y susceptible de aplicación, lo someterá, a petición de una de las partes, a la decisión de los árbitros.

Esta inhibición será sin perjuicio de la competencia de los tribunales en el caso de que el acuerdo de arbitraje prescriba o se anule(...).

Por su parte la convención de New York de 1958 establece el efecto negativo de la competencia-competencia en los siguientes términos⁹:

(...) Artículo II

(...) 3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable(...).

Adicionalmente; la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece¹⁰:

6 La CNUDMI (UNCITRAL) adoptó oficialmente el principio Kompetenz Kompetenz, estableciendo al respecto en el artículo 21, numeral 1 : "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado". Posteriormente, en 1985, estableció en el artículo 16, numeral primero: "Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

7 Sobre las implicaciones y connotaciones del principio de competencia competencia podemos encontrar entre otros, GOMEZ JENE, Miguel. El arbitraje internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral, Madrid, Editorial Colex, 2000, p. 104; CADARSO PALAU, Juan. Potestad de los Árbitros para decidir sobre su Competencia. En: Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2004. Páginas 265-266.; VASQUEZ PALMA, María Fernanda. Comprensión del principio Competencia-Competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, pp. 181-196. Diciembre 2010].

8 Ver Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje en materia comercial. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/publications/sales_publications/Registro_textos_vol_II.pdf

9 Ver Convención de New York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Artículo II 3. Disponible en http://www.euroarbitration.org/resources/es/nyc_convention_es.pdf

10 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

(...) 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible(...).

En estos términos, el efecto negativo del principio de competencia-competencia constriñe a las autoridades judiciales a reenviar a las partes ante un tribunal arbitral e impide que el litigio pueda ser objeto de decisión por parte de una autoridad judicial (con excepción del caso de la renuncia por parte de las partes).

Tanto la legislación francesa como la colombiana lo integran en el orden jurídico, aunque con ciertas diferencias.

La legislación francesa lo incorpora dentro de su cuerpo legislativo en el artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil, sobre el arbitraje interno, el cual también se aplica en materia internacional:

En caso de que una controversia cubierta por un convenio arbitral se someta a un tribunal estatal, este deberá declararse incompetente, salvo si el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia y el convenio arbitral fuere manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable.

El tribunal estatal no podrá declarar de oficio su incompetencia(...)¹¹.

En Colombia la Ley 1563 de 2012 contempla en el artículo 70, sobre las reglas del arbitraje internacional, la obligación de reenviar a las partes ante un tribunal arbitral en presencia de una cláusula compromisoria :

¹¹ *Código de procedimiento civil francés. Artículo 1448. « Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.*

Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante una autoridad judicial. La autoridad judicial a la que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en la oportunidad para la contestación de la demanda.

No obstante haberse entablado ante la autoridad judicial la acción a que se refiere el inciso anterior, se podrán iniciar o proseguir la actuación arbitral y dictar un laudo aunque la cuestión esté pendiente ante la autoridad judicial¹².

La comparación de las dos disposiciones citadas nos permite identificar diferencias significativas. En primer lugar, la norma del derecho francés contiene la obligación en cabeza del juez de declararse incompetente cuando un litigio cubierto por una convención de arbitraje le es sometido.

El principio del efecto negativo en Francia, más allá de una regla de competencia, es una prohibición dirigida al juez de conocer de un litigio en presencia de una convención arbitral. Sin embargo, el párrafo primero del artículo 1448 impone un límite a la figura con el establecimiento de dos condiciones cumulativas que, de cumplirse, no obligarían al juez a declararse incompetente: (i) Que el tribunal arbitral no haya sido constituido; y (ii) si la convención arbitral es inaplicable o manifiestamente nula.

Con esto se intenta evitar que se obligue a una persona a acudir al arbitraje cuando puede ser manifiestamente abusivo. El parágrafo dos del artículo 1448 francés impide que el juez declare su incompetencia de manera oficiosa.

En el caso colombiano, para analizar el artículo 70 de la ley de 2012, tenemos que remitirnos inicialmente al artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, el cual fue retomado por La ley de 2012.

El numeral 1 del artículo 8 de la ley modelo de arbitraje de la CNUDMI está inspirado,

¹² *Ley 1563 de 2012, (Julio 12) Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, disponible en http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2012/ley_1563_2012.html*

parcialmente, en el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, el cual establece la remisión de las partes al arbitraje; tal y como ocurre en derecho francés, la solicitud de las partes es necesaria para que la autoridad judicial pueda declarar su incompetencia.

Esta primera parte del artículo no deja dudas sobre el efecto negativo del convenio arbitral frente a la competencia de las autoridades judiciales. Además, el artículo 70 establece un momento preciso para que las partes puedan solicitar el reenvío del caso a un tribunal de arbitramento: a más tardar en el momento de presentación del primer escrito de contestación de la demanda, so pena de entenderse una renuncia al ejercicio del derecho.

El segundo párrafo del artículo 70 se inspiró en la Ley Modelo de la CNUDMI¹³. El espíritu de este párrafo yace en el fortalecimiento de las funciones del tribunal arbitral, dado que su conocimiento sobre el caso no se ve obstaculizado por el hecho de que el juez local no se haya pronunciado sobre la validez, la operatividad y la existencia del convenio arbitral.

Esta disposición causó polémica en las discusiones que tuvieron lugar antes de la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI. Algunos consideraban que se le debía dar el poder al juez local para evitar la constitución del tribunal arbitral hasta que no existiera un pronunciamiento sobre el convenio arbitral, de esta manera se evitaría la constitución de tribunales arbitrales que podrían llegar a ser inútiles.

Otros apoyaron la moción que sostenía se permitiera la constitución del tribunal arbitral, aun si el juez local no se había pronunciado, para evitar retrasos innecesarios en el proceso arbitral. Los procesos paralelos podrían contribuir a una resolución pronta del litigio y cualquier decisión de suspender el arbitraje solo podría ser tomada

13 Ley Modelo de la CNUDMI. Artículo 8: "Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal. 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente. Ver referencia nota de página 10 supra.

por el tribunal de arbitramento¹⁴. Esta fue, finalmente, la posición que se adoptó a favor del arbitraje en Colombia, a pesar de que la redacción cambió un poco respecto de la Ley Modelo.

El artículo 70 de la Ley 1563 no habla de la nulidad, ineficacia o ejecución imposible como casos en los cuales el juez local podría negarse a reenviar a las partes al tribunal de arbitramento, como sí lo hace la Ley Modelo. Esto podría interpretarse como otra medida a favor del arbitraje, debido a que, ni en esos casos, el juez podría negarse a cumplir con el artículo 70. Una decisión de la Corte Constitucional del 20 de mayo de 2013 reafirma este pensamiento. La Corte Constitucional se refiere a los artículos 67¹⁵, 70 y 79¹⁶ de la ley 2012 para determinar los alcances de la intervención judicial en el proceso arbitral y concluye:

(...) Estas disposiciones normativas están encaminadas a proscribir cualquier intervención judicial que no esté orientada a apoyar el normal desarrollo del arbitraje o que no constituya un ejercicio del control judicial expresamente autorizado por el tribunal arbitral...

(...) el estatuto arbitral otorga confianza absoluta y prioritaria a los árbitros para determinar su propia competencia, lo cual se encuentra justificado en el hecho de que el juez no tiene la facultad de comprobar si el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. Así, no se permite a los jueces realizar cualquier injerencia en la

14 HOLTZMAN y NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law in International Commercial Arbitration*, Kluwer (1989) (Los autores reconocen que este principio causó debate en la Comisión entre los que consideraban que debía otorgarse a los tribunales el poder de suspender la constitución del proceso arbitral mientras no se resolviera sobre el acuerdo arbitral, con el objeto de evitar arbitrajes inútiles, y entre los que consideraban que dicho poder debía ser negado a los tribunales con el objeto de evitar retardos en el proceso arbitral e intervenciones judiciales innecesarias. La opinión predominante fue que con el objeto de contribuir a una pronta resolución, ambos procesos paralelos debían ser permitidos y que, en todo caso, cualquier decisión de suspender el arbitraje correspondía al árbitro y no a los tribunales).

15 Ley 1563 de 2012. Artículo 67. Alcance de la intervención judicial. En los asuntos que se rijan por la presente sección, no podrá intervenir ninguna autoridad judicial, salvo en los casos y para los propósitos en que esta sección expresamente así lo disponga... ». Ver nota de página 13 supra.

16 Ley 1563 de 2012. Artículo 79. "FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR ACERCA DE SU COMPETENCIA. El tribunal es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, invalidez o ineficacia...". Ver nota de página 13 supra.

determinación de la competencia de los árbitros en tanto que no se haya proferido el respectivo laudo arbitral(...)¹⁷.

Adicionalmente la Corte concluye

(...) Si se aceptara que el tribunal arbitral suspendiera el proceso arbitral hasta tanto el juez se pronuncie se relegaría el arbitraje a un segundo plano, rompiendo con la voluntad de las partes que tendrían que litigar para arbitrar¹⁸.

De otra parte, todavía con relación al artículo 70, parágrafo 2, cabe contemplar el caso en el cual, por cuestiones de arbitrabilidad del litigio, el juez local sea el único habilitado legalmente para pronunciarse, lo cual no impediría al árbitro tomar decisiones sobre cuestiones que no son de la competencia exclusiva de la jurisdicción nacional. De cualquiera de los puntos de vista se puede concluir que la disposición, más allá de poner trabas al arbitraje, en realidad lo que hace es fortalecer la eficacia del proceso arbitral, dándole las herramientas a los árbitros para seguir conociendo del fondo del asunto.

En Latinoamérica se han tomado distintas posiciones con relación al artículo 8 de la Ley Modelo. Algunos países como Bolivia, Chile, Guatemala, Honduras, Paraguay, Argentina, Uruguay, Colombia y Perú han adoptado tanto el principio del efecto negativo y la prohibición de pronunciamiento de oficio del juez, como la facultad del árbitro de seguir conociendo del caso aun si el juez local no ha tomado todavía decisión alguna. La Ley en Ecuador no dejó clara la posibilidad al árbitro de continuar el proceso arbitral. Países como Panamá impusieron la obligación de oficio al juez de reenviar a las partes ante un tribunal arbitral, lo cual sería una posición aún más a favor del arbitraje que las otras legislaciones¹⁹.

A partir de estas consideraciones podríamos concluir que, según la ley de 2012, confrontados a una demanda simultánea, el proceso arbitral

podrá continuar su curso y el riesgo de dos decisiones sobre el mismo asunto está descartado. Solo el tribunal arbitral podrá pronunciarse sobre el fondo del litigio.

Estas consideraciones están fortalecidas por el principio de competencia-competencia que estudiaremos a continuación.

1.2 El principio de competencia-competencia

Según el principio de competencia-competencia, (Kompetenz-Kompetenz²⁰), la decisión sobre la competencia para juzgar un litigio en un procedimiento arbitral es del tribunal arbitral mismo. Este principio se encuentra consagrado por la convención de Nueva York, en la mayor parte de legislaciones contemporáneas²¹ y reglamentos de arbitraje²².

La competencia-competencia debe apreciarse teniendo en cuenta su efecto positivo y su efecto negativo, respecto de la competencia de las autoridades judiciales, frente a un litigio cubierto por una convención arbitral. En virtud del efecto positivo se permite a los árbitros determinar los límites de su competencia, sujetos a un posterior control del laudo por parte de las autoridades judiciales.²³

Por su parte, el efecto negativo implica una limitación a la autoridad judicial para analizar la competencia arbitral.

El objetivo de la consagración del efecto negativo del principio de competencia-competencia es limitar el uso de estrategias dilatorias y evitar que se recurra a procesos paralelos al arbitraje.

20 FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel & GOLDMAN Berthold. *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 217, 1989, Parte 5 Pag 319.

21 Ver por ejemplo *Arbitration Act 1996*, Artículo 1465 Código de Procedimiento Civil Francés entre otros.

22 Ver por ejemplo *ley modelo de la CNUDMI*, nota de página 10 supra y el reglamento 2012 de la CCI, disponible en <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/>.

23 FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel & GOLDMAN. *On International Commercial Arbitration* La Haya, Kluwer law international. 1999 Nota 7, página 393.

17 Corte Constitucional. *Sentencia T- 288/2013*.

18 Ibid.

19 CONEJERO ROOS, Cristian. "La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en américa latina: un análisis comparativo". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, núm. 1, enero-abril, 2005, pp. 89-138, Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/1770/177021316005.pdf>

La consagración en el sistema legal francés de este principio fue objeto de codificación desde hace muchos años. Actualmente se encuentra en el artículo 1465 del Código de Procedimiento Civil²⁴, sin embargo, fue gracias al trabajo de los jueces que su definición y sus alcances fueron ampliamente desarrollados.

En sentencia del 14 de noviembre de 2007, SIAL c/ VINEXPO, la Corte de Casación francesa señaló que:

(...)Teniendo en cuenta los artículos 1444 y 1457 del nuevo Código de Procedimiento Civil y el principio de competencia-competencia.

Considerando que, para rechazar la solicitud de nombramiento de un árbitro, la sentencia sostiene que la presencia en los estatutos de una contradicción entre una cláusula de jurisdicción y una cláusula compromisoria constituye una seria contestación frente a la designación del árbitro;

Que el juez de apoyo no puede oponerse a la designación de un árbitro que si la cláusula compromisoria es manifiestamente nula o insuficiente para permitir la constitución de un tribunal arbitral y que le corresponde al árbitro de decidir en prioridad sobre su propia competencia, el juez de apoyo, al haber dictado una decisión violó los textos y el principio mencionado²⁵ (Traducción libre).

En el derecho colombiano la consagración del principio de competencia- competencia es más reciente, de hecho, es bajo el imperio del decreto

147 de 1998 cuando se incluyó inicialmente, de manera modesta, en el panorama jurídico colombiano. Por su parte la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU- 174 de 2007, se refirió a este principio en el ámbito internacional y concluyó que estaba vigente en la práctica del arbitraje en Colombia.

Posteriormente la Ley 1563 del 2012 lo desarrolla de una manera más amplia en su artículo 79 que otorga al tribunal arbitral la facultad para decidir sobre su propia competencia²⁶. La sala séptima de revisión de tutelas de la Corte Constitucional determinó en sentencia T-288 del 20 de mayo del 2013²⁷ los alcances del principio en los siguientes términos:

(...) De la anterior disposición normativa se destaca, entre otros, que de conformidad al principio de Kompetenz-Kompetenz, el tribunal arbitral es el único competente para establecer su competencia excluyéndose cualquier injerencia judicial en la materia (...).

En este sentido la jurisprudencia de los dos países expresa de manera similar los alcances y el objeto del principio de competencia-competencia.

2. SOBRE LAS MEDIDAS DE INSTRUCCIÓN, MEDIDAS PREVISORAS Y MEDIDAS CONSERVATORIAS

A pesar del principio de la autonomía del procedimiento arbitral²⁸, el decreto y ejecución de las medidas de instrucción y cautelares exigen en ocasiones la interacción entre la justicia privada y el Estado.

Analizaremos en una primera parte, en los dos sistemas judiciales objeto de nuestro estudio,

24 Código de procedimiento civil francés. Artículo 1465 : « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ». Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7A6F1BF32FEF526E5D7FEC2362AC2F4F.tpdjo03v_2?idArticle=LEGIARTI000023450814&cidTexte=LEGITEXT00000670716&dateTexte=20130317&categorieLien=id&oldAction= Traducción ver nota de página 14.

25 Corte de Casación. Primera sala civil. 14 de noviembre de 2007 n°06/21.629.

« Vu les articles 1444 et 1457 du nouveau code de procédure civile et le principe de compétence-compétence, Attendu que, pour rejeter la demande de désignation d'un arbitre, l'arrêt retient que la présence, dans les statuts, d'une contradiction entre une clause attributive de juridiction et une clause compromissoire constitue une contestation sérieuse s'opposant à la désignation d'un arbitre ; En statuant ainsi alors que le juge d'appui ne peut refuser de désigner un arbitre que si la clause est manifestement nulle ou insuffisante pour permettre la constitution d'un tribunal arbitral et qu'il appartient à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence, le juge d'appui, statuant en référé, a violé les textes et le principe susvisés. »

26 Ley 1563 de 2012. Artículo 79. « Facultad del tribunal para decidir acerca de su competencia. El Tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje... » Ver nota de página 13 supra.

27 Ver nota de página número 21 supra.

28 Ver entre otros los comentarios de FOUCHARD, Philippe de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 18 de noviembre de 1987. *Chambre arbitrale de Paris v. République de Guinée*, 1988. REV. ARB. 657. Adicionalmente el comentario del mismo autor de la sentencia del Tribunal de « Grande instance » de febrero 15 de 1995, *Industrial export v K. REV. ARB. 503 de 1995* y GAILLARD, Emmanuel, *Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international*, 1990 REV. ARB. Especialmente en Pp. 761 y siguientes.

los principios rectores de la relación entre los jueces estatales y los tribunales arbitrales en lo relacionado con las medidas cautelares (2.1), y en una segunda parte los diferentes tipos de medidas que pueden ser decretadas antes y durante el procedimiento arbitral (2.2).

2.1 La competencia del Tribunal arbitral y de los jueces ordinarios

En materia de arbitraje internacional el principio de competencia concurrente entre los tribunales arbitrales y los jueces estatales para decretar medidas cautelares, es ampliamente reconocido²⁹. Sin embargo, este principio presenta ciertos límites que tienen relación con la libertad contractual expresada en el convenio arbitral.

Los jueces estatales y los tribunales arbitrales se asocian con un objetivo preciso: facilitar el trabajo del tribunal arbitral. Los jueces no se pronuncian sobre el fondo del asunto sino que intervienen en un rol secundario.³⁰ Si el juez ordinario mantiene cierta competencia (2.1.1), esta competencia no equivale a la que se desprende del convenio arbitral para los árbitros (2.1.2).

2.1.1 La competencia de los jueces ordinarios

El principio de la competencia concurrente implica que la existencia de un convenio arbitral no imposibilita a las partes de acudir a la justicia ordinaria para solicitar el decreto de medidas cautelares en situaciones de urgencia.

En derecho francés el artículo 1449³¹ del Código de procedimiento Civil retomó las

29 Varios ejemplos pueden citarse, particularmente en las sentencias de la Corte de justicia Europea, por ejemplo la sentencia C-391/95 de 17 de noviembre de 1998, sobre la interpretación del Convenio de Bruselas en lo referido al convenio arbitral y las medidas cautelares. En <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=44211&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=405200>

30 VEEDER, VV, *L'affaire du tunnel sous la manche et les mesures conservatoires*, 1993 REV. ARB. 705.

31 Código de procedimiento civil Frances. Art 1449 « ... L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire. Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues

soluciones jurisprudenciales en la materia y permite a las partes solicitar ante los tribunales estatales la práctica de medidas cautelares, antes de la constitución del Tribunal Arbitral.

Según una doctrina minoritaria también se podría solicitar el decreto de medidas cautelares después de la constitución del tribunal arbitral³², considerando que

La posibilidad de recurrir al juez, a pesar de que el tribunal arbitral sea constituido debe ser admitida en principio, porque no se puede excluir de encontrar ciertos casos en los que a pesar que el tribunal arbitral, a pesar de haber sido instaurado y a pesar de los poderes del árbitro, no estará en posición de ordenar eficazmente la medida necesaria solicitada.³³ (Traducción libre).

El derecho francés también exige que la parte demandante demuestre la "urgencia" de las medidas en el caso de que las circunstancias no permitan que se espere hasta la constitución del tribunal arbitral. Adicionalmente, el artículo 145³⁴ del Código de Procedimiento Civil, permite a las partes de solicitar a la justicia ordinaria una medida cautelar para obtener pruebas de las que pudieran depender la solución del litigio.

En el derecho colombiano la Ley 1563 de 2012, artículo 71³⁵, sobre el arbitraje internacional,

à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage. » Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7A6F1BF32FEF526E5D7FEC2362AC2F4Ftpdjo03v_2?idArticle=LEGIARTI000023450940&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130317&categorieLien=id&oldAction=. Traducción ver nota de página 14 supra.

32 JARRONSON Ch., PELLERIN, J. *Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011*. REV. ARB. 2011. 5 especial, pag 16.

33 Respecto al tema, MM. Charles Jarrosson et Jacques Pellerin considéran que " il nous semble que la possibilité de recourir en référé au juge étatique lorsque le tribunal est constitué doit être admise dans son principe, car on ne peut exclure de rencontrer des hypothèses dans lesquels le tribunal arbitral, même saisi et même muni des pouvoirs qui sont les siens, ne sera pas en position d'ordonner efficacement la mesure nécessaire souhaitée. Ver nota de página supra 32.

34 Código de procedimiento civil Frances Art 145. *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé... »* Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006410268&cidTexte=LEGITEXT000006070716>. Traducción ver nota de página 14 supra.

35 Ley 1563 de 2012 Artículo 71. *Acuerdo de arbitraje y decreto*

faculta a las partes para solicitar a una autoridad judicial medidas cautelares antes o después de la constitución del tribunal arbitral.

Para la redacción de este artículo el legislador Colombiano se inspiró en el reglamento de arbitraje de la CCI³⁶ que, en su artículo 28³⁷ numeral 2, permite a las partes acudir a instancias judiciales para el decreto de medidas cautelares, antes o después de la constitución del tribunal arbitral.

Mientras el derecho francés limita al máximo la intervención del juez estatal en el transcurso del procedimiento arbitral, el derecho colombiano es más acogedor y confortable con la idea de concurrencia de jurisdicción. En el caso de medidas cautelares este enfoque podría favorecer al arbitraje internacional, garantizándole una mejor eficacia en lo que se refiere a medidas cautelares.

Sin embargo, es necesario interrogarse sobre el hecho de si en el derecho Colombiano la intervención del juez no es excesiva. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si ante la negativa de un árbitro de proceder a una medida cautelar en el transcurso de un proceso arbitral, las partes acuden al juez ordinario para solicitarla y este la otorga? Entonces ¿no existe el riesgo de que el árbitro pierda autoridad/legitimidad en su acción puesto que su decisión podría ser cuestionada por una instancia judicial? No estando confrontados a una situación fáctica concreta de este tipo, habrá que esperar la respuesta de la jurisprudencia en la materia. Según lo decidan los jueces, el arbitraje será un medio de resolución de conflictos

de medidas cautelares por una autoridad judicial. Cualquiera de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante el transcurso de las mismas, podrá solicitar de una autoridad judicial la adopción de medidas cautelares y esta podrá decretarlas, sin que por ello se entienda que ha renunciado al acuerdo de arbitraje..." Ver nota de página 13 supra.

36 Sigla de la Cámara de Comercio Internacional

37 Ley 1563 de 2012 ARTÍCULO 28. "Medidas cautelares y provisionales..." "... Antes de la entrega del expediente al tribunal arbitral, y en circunstancias apropiadas aun después, las partes podrán solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un tribunal arbitral no contraviene al acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del tribunal arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al tribunal arbitral..." Ver nota de página 13 supra.

independiente y respetado o, al contrario, un modo privado de justicia, visto como concurrente de la jurisdicción de los tribunales estatales.

2.1.2. La no renuncia al convenio de arbitraje

A pesar de que las partes acudan a las autoridades judiciales no existe una renuncia a la convención arbitral. La jurisprudencia y la doctrina francesa son unánimes sobre el hecho de que el decreto de medidas cautelares no es equivalente a una renuncia a la convención arbitral³⁸, el poder para dirimir el fondo del conflicto quedaría todavía en cabeza del tribunal arbitral³⁹. Esta misma aclaración es hecha en la disposición citada del derecho Colombiano.

La compatibilidad entre las medidas cautelares y la convención arbitral también es reconocida, entre otras, por la reglas de la CCI, las reglas de la CNUDMI, las reglas de arbitraje internacional AAA (American Arbitration Association) y las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

2.1.1.3. La competencia de los árbitros

En el derecho Colombiano la capacidad de los árbitros para decretar medidas cautelares fue objeto de la sentencia de constitucionalidad C-431 del 28 de septiembre de 1995 en los siguientes términos:

Dada la facultad constitucional en cabeza del legislador para limitar o ampliar el ámbito de competencia de los árbitros, señalando para el efecto el procedimiento y requisitos que se exigen para el efecto. Si el juez en su tarea de administrar justicia goza de la facultad de decretar medidas cautelares, lo puede hacer también el árbitro al ser investido del poder de administrar justicia. Al decretar el árbitro medidas cautelares, lo único que está haciendo es uso del poder de coerción

38 Corte de Apelaciones de París, 6 febrero de 1991, Groupe Courtand c/ Société Beam Morin, inédito.

39 Corte de Apelaciones de París, 19 de diciembre de 1982. REV ARB, 1983. 181, nota de MOREAU B ; Corte de Casación. Sala primera civil, 20 de marzo de 1989, REV ARB., 1989. 494, 3 nota de COUCHEZ G., Corte de Casación. Sala Civil 2, 29 de noviembre de 1989 y 6 de marzo de 1990. 633, nota GAUDEMMENT-TALLON GH. Corte de Apelaciones de París, 30 de enero 1992 y Corte de Apelaciones de Versailles, 22 de mayo de 1992, REV ARB 1992.666, obs. MOIRTRY J-H.

con miras a lograr la efectividad de su decisión; al hacerlo, en ningún momento está usurpando una competencia que no le corresponda en forma privativa y excluyente a la justicia ordinaria (...)

(...) En virtud a lo anterior, estima la Corte Constitucional que al ser investidos -transitoriamente- los árbitros de la función de administrar justicia, es lógico, consecuente y ajustado al ordenamiento superior y legal vigente, que los árbitros dentro del trámite y curso del proceso arbitral -a petición de cualquiera de las partes-, puedan decretar las medidas cautelares, particularmente cuando su finalidad no sólo es la garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y desarrollo del proceso, sino también evitar que se hagan nugatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conformes con la Carta Política⁴⁰.

De acuerdo con esta jurisprudencia, el legislador en el año 2012 consagró la capacidad de dictar medidas cautelares en el artículo 80⁴¹ y siguientes de la Ley 1563 respecto del arbitraje internacional, incorporando así parcialmente el artículo 17⁴² de la ley modelo CNUDMI en su versión de 2006.

Por su parte, el artículo 1468⁴³ del Código de Procedimiento Civil francés, faculta al árbitro

40 Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad No. C-431/95 del 28 de septiembre de 1998. Disponible en http://www.ciac-iacac.org/documentos/2007_3_31_14_30_7_Sentencia_431_1995.pdf

41 Ley 1563 de 2012 "...Artículo 80. Facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares: Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquiera de ellas, decretar medidas cautelares.

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, decretada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia;
b) Adopte medidas para impedir algún daño presente o inminente, o el entorpecimiento del procedimiento arbitral, o que se abstenga de realizar actos que probablemente ocasionarían dicho daño o entorpecimiento al procedimiento arbitral;
c) Proporcione algún medio para preservar bienes cuya conservación permita ejecutar el o los laudos; o
d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser pertinentes y relevantes para resolver la controversia...
Ver nota de página 13 supra.

42 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, disponible en : http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

43 Código de procedimiento Civil francés artículo 1468.
« Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les

para decretar medidas cautelares provisionales o de protección so pena de multa en caso de no cumplimiento, aunque no para ordenar medidas relacionadas con el embargo o secuestro de bienes o el establecimiento de garantías judiciales que continúan siendo una facultad exclusiva de los jueces ordinarios⁴⁴.

Es evidente que frente al derecho francés, la legislación colombiana otorga facultades completas al árbitro para declarar cualquier medida cautelar que permita el desarrollo del proceso o la adecuada ejecución del laudo.

2.1.3 Los límites de la competencia concurrente

El principio de competencia concurrente de los jueces estatales y los árbitros para decretar medidas cautelares está limitado por dos circunstancias, el acuerdo de las partes y los temas en los cuales los jueces ordinarios cuentan con una competencia exclusiva.

2.1.4 El acuerdo entre las partes

Las partes pueden renunciar mediante el convenio arbitral al decreto de medidas cautelares por parte del árbitro; frente a este aspecto las dos legislaciones son similares. La posibilidad de las partes de renunciar al decreto de medidas cautelares en la cláusula compromisoria en Colombia, artículo 80 de la Ley 1563, se adoptó siguiendo el artículo 17 de la Ley Modelo. Sin

conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnés... Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=7A6F1BF32FEF526E5D7FEC2362AC2F4F.tpdjo03v_2?idArticle=LEGIART100023450801&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130317&categorieLien=id&oldAction= Traducción ver nota de página 14 supra.

44 El artículo 1468 del Código de Procedimiento Civil Francés ha reconocido al árbitro el poder de ordenar, eventualmente bajo pena de multa, medidas cautelares provisionales, pero ciertas medidas son competencia exclusiva de los jueces estatales. Será el presidente del tribunal de Grande Instance o en su defecto el de comercio que decidirá sobre las solicitudes de medidas cautelares. En este sentido encontramos las jurisprudencias: Corte de apelaciones de Paris 7 octubre de 2004, JCP G 2005. II. 10071, nota de JACQUET J.M, igualmente, Corte de apelaciones de Rennes, 26 de octubre de 1984, REV. ARB. 1985. Pagina 439.

embargo, el principio general consiste en la existencia de este poder por parte de los árbitros, negar tal poder, aun por medio de la cláusula, resultaría peligroso para las mismas partes en la disputa, debido a que se traduciría en una mayor intervención del juez local, lo cual se intenta evitar en el arbitraje internacional, y en procesos arbitrales más demorados, limitando el poder del tribunal arbitral. A pesar de esto se deja la libertad a las partes de renunciar al decreto de medidas en el caso de que consideren que no son necesarias o que pueden entorpecer la toma de decisión del tribunal.

La legislación Francesa más reciente adopta una jurisprudencia antigua, proveniente de la Corte de Casación del 18 de noviembre de 1986, "Atlantic Triton". En esta sentencia el juez supremo francés declaró que "[e]l poder de los tribunales para ordenar medidas provisionales... Sólo pueden ser excluidos por un acuerdo explícito entre las partes por un acuerdo implícito resultante de la adopción de normas de arbitraje que contengan tal exclusión..."⁴⁵.

3. EL JUEZ DE APOYO

Otra de las manifestaciones de la colaboración entre el juez y el árbitro se aprecia a través del denominado juez de apoyo. Inspirada en el derecho suizo del arbitraje, la función del juez como apoyo en el arbitraje ha existido por un largo tiempo en Francia y corresponde a una singularización de la función del juez "soporte del proceso arbitral", función diferente de la del juez controlador o sancionador.

La función del juez de apoyo en Francia recae en el presidente del "Tribunal de Grande Instance" o, si las partes lo acuerdan, en el presidente del Tribunal de Comercio, quien tiene una misión de asistencia y cooperación en el proceso arbitral siempre y cuando exista una conexión con Francia⁴⁶.

⁴⁵ COUCHEZ G., *Compare, as regards « référé provision », Corte de Casacion. Sala 2 Civil. , Marzo 20 de 1989. Danel v Sotiat Informatique, 1989 Rev. Arb. 494.*

⁴⁶ Ver jurisprudencia Corte de Casación. Primera sala civil, 1 de febrero de 2007, BICC N 663,15 junio de 2007. « Dès lors que l'absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage n'est pas démontrée, la clause compromissoire désignant deux institutions d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable et les difficultés de constitution du tribunal arbitral relèvent, pour un arbitrage international se déroulant en France, du président du tribunal de

Su participación en el proceso arbitral es subsidiaria y está limitada a los momentos en los cuales existan dificultades en la instancia arbitral, sea para la constitución del tribunal o en eventos precisos como en los casos de recusación de los árbitros, la renuncia, el deceso del árbitro durante el proceso arbitral o el cambio de los árbitros por razones diversas.

Por su parte, en Colombia la ley 1563 de 2012, a pesar de no adoptar la denominación exacta de juez de apoyo, también prevé la intervención de la autoridad judicial como soporte al proceso arbitral. Esta función, igualmente subsidiaria, está consagrada en los artículos 73 numerales 5 y 6, 76 numeral 2, 77 numeral 1 y el artículo 100, los cuales consagran sus funciones de manera similar al del denominado juez de apoyo en derecho francés.

La competencia se encuentra en cabeza del juez civil del circuito y cuando se trate de tribunales arbitrales en los que sea parte una entidad pública colombiana o quien ejerza funciones administrativas colombianas, el juez administrativo. Sin embargo, una particularidad contenida en el artículo 100 de la ley de 2012, permite que cualquier autoridad judicial de cualquier país pueda venir en ayuda del proceso arbitral para la práctica de pruebas en su territorio. Esto bajo la condición que el tribunal arbitral lo autorice.

Analizaremos sucesivamente las dificultades en el procedimiento que pueden hacer necesaria la intervención del juez de apoyo: al inicio del procedimiento cuando las partes no logran un acuerdo para el nombramiento de los árbitros, (3.1), en los casos de recusación o de renuncia del árbitro (3.2), o cuando por otras razones el cambio de árbitro sea indispensable (3.3).

3.1 La Constitución del Tribunal Arbitral

Cuando las partes no logran ponerse de acuerdo sobre la constitución del tribunal arbitral, o en los casos de los arbitrajes ad-hoc la parte la más diligente puede acudir al juez de apoyo.

grande instance de Paris, juge d'appui »

La intervención del juez de apoyo francés en la constitución del Tribunal Arbitral se encuentra consagrada en los artículos 1451, 1452, 1453 y 1454 del Código de procedimiento civil.

Art. 1452. A falta de acuerdo de las partes sobre el modo de designación del árbitro o de los árbitros, se procederá de la siguiente forma:

1º En arbitrajes con un árbitro único, si las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre el árbitro, éste será designado por la persona encargada de administrar el arbitraje o en su defecto, por el juez de apoyo;

2º En arbitrajes con tres árbitros, cada parte escogerá un árbitro y los dos árbitros así escogidos designarán el tercero; si una parte no designa un árbitro en un plazo de un mes contado a partir del momento en que la otra parte le requiera para ello, o si los dos árbitros no llegan a un acuerdo sobre el tercero en un plazo de un mes contado desde la aceptación de su designación, la persona encargada de administrar el arbitraje o en su defecto, el juez de apoyo, procederá a tal designación⁴⁷.

Por su parte la Ley de 2012 incorpora la intervención del juez de apoyo en la constitución del tribunal de la siguiente manera⁴⁸:

Artículo 73 Nombramiento de los árbitros. En el nombramiento de árbitros en el arbitraje internacional:

47 código de procedimiento civil Frances artículo 1452.
« ... En l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :1º En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ;
2º En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation... »
Disponible en : <http://www.legifrance.gouv.fr/affich/Code.do;jsessionid=9A56E2F381D7407942952068E92C1.tpdjo01v1?idSectionTA=LEGISCTTA00002345093&cidTexte=LEGITEXT00006070716&dateTexte=20130809>. Traducción ver nota de página 14 supra.

48 Esta disposición corresponde integralmente al artículo 11 de la ley modelo de la CNUDMI sobre el arbitraje comercial internacional. Ver nota de página 10 supra.

... 4. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación del árbitro o los árbitros.

5. A falta de acuerdo:

a) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro dentro de los treinta (30) días contados a partir de la solicitud de una de ellas, la autoridad judicial procederá al nombramiento a instancia de cualquiera de las partes;

b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercero dentro de los treinta (30) días contados desde la comunicación de su nombramiento, la designación será hecha por la autoridad judicial, a petición de cualquiera de ellas.

6. Cuando en un trámite de nombramiento convenido por las partes:

a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho trámite; o

b) Las partes, o los árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado trámite; o

c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla la función correspondiente, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que nombre el árbitro o adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el trámite de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo(...)

En los dos sistemas el carácter subsidiario de la intervención del juez de apoyo está específicamente definido: es solo en caso en que las partes no se hayan puesto de acuerdo en la aplicación de un reglamento institucional de arbitraje, o si la institución no cuenta en su reglamento con un procedimiento para remediar la situación, o que las partes no logran ponerse de acuerdo en la constitución del tribunal arbitral que, a solicitud de una de las partes, el juez de apoyo intervendrá.

En el derecho francés, una vez ha sido interpuesta la solicitud para la intervención del juez de apoyo, su competencia es de orden público y las partes no podrán escoger otro juez que no sea el juez de apoyo.⁴⁹ El artículo 1452 contempla el caso de un convenio arbitral que prevea uno o tres árbitros. Sin embargo, en caso de que la cláusula compromisoria no prevea el número de árbitros, por aplicación del artículo 1454 del CPC, será la institución encargada de organizar el arbitraje, o el juez de apoyo, quien procederá a determinar el número.

Esta solución también se aplica respecto del arbitraje "Multipartes". El nuevo artículo 1453⁵⁰ del código de procedimiento civil francés, adoptó la solución consagrada en la sentencia Dutco⁵¹ de 1992, en donde los tribunales franceses acogieron la solución propuesta por el reglamento de arbitraje de la CCI, que en su artículo 12.4⁵², establece que si las partes no llegan a un acuerdo respecto de la designación del árbitro, o de varios árbitros, estos deberán ser designados por el centro de arbitraje o el juez de apoyo. Eso se hizo para evitar las situaciones en que más de dos partes al arbitraje pretenden escoger un árbitro, lo cual podría generar problemas en la constitución del tribunal, por eso se contemplan en esos casos, a falta de acuerdo entre las distintas partes, que la autoridad encargada de la designación los nombre a todos.

En el derecho colombiano la regla general sigue siendo la de la libertad de las partes en la

escogencia del tribunal arbitral y la intervención excepcional del juez de apoyo. Si la cláusula compromisoria no dice nada sobre la constitución del tribunal pero indica que el arbitraje es institucional, se entiende que se aplicarán las reglas de constitución del tribunal arbitral consagradas en el reglamento de la institución arbitral escogida por las partes. Si las partes no se ponen de acuerdo o la institución arbitral no contiene reglas sobre la constitución del tribunal, o simplemente no cumple su misión, es el juez de apoyo quien interviene para subsanar el tropiezo. Además de esto el artículo 73 de la Ley 1563 permite la intervención del juez de apoyo, solo si el trámite de nombramiento no contiene otro medio de solucionar el impase.

Adicionalmente, la Ley 1563 en el artículo 73 (7) prevé otras particularidades novedosas del sistema. En caso de intervención del juez, éste debe asegurarse de que los árbitros que serán designados son independiente e imparciales y tener en cuenta las calidades especiales que las partes hayan acordado que los árbitros deben cumplir, por ejemplo respecto del área de especialidad, profesión, etc.

Finalmente, en materia internacional, el juez debe sopesar la conveniencia de proceder a la designación de árbitros de nacionalidad distinta a la de las partes. En efecto, la intervención de árbitros de nacionalidad diferente puede constituir un elemento de garantía para las partes de que existirá neutralidad por parte del tribunal arbitral y también de que, en determinados casos, solo un árbitro extranjero podría entender íntegramente el querer de las partes.

Si el juez de apoyo observa que una parte es colombiana y la otra es española, por ejemplo, y se percata de que un tribunal compuesto solo por árbitros colombianos no atendería de la mejor manera los requerimientos de las partes, puede proceder a la designación de un árbitro colombiano, uno español y, ¿por qué no?, un tercero de otra nacionalidad que permita creer en la transparencia del sistema. También existe el caso en que las dos partes sean extranjeras y elijan alguna ciudad colombiana como sede del arbitraje; si por ejemplo las dos partes son de la cultura del *common law*, mal haría el juez de apoyo en designar un tribunal compuesto solo por abogados del *civil law*, salvo que esa fuera la voluntad de las partes.

49 Ver nota de página 32 supra.

50 Código de procedimiento civil francés Artículo 1453. «Lorsque le litige oppose plus de deux parties et que celles-ci ne s'accordent pas sur les modalités de constitution du tribunal arbitral, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui, désigne le ou les arbitres». Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=001EA7D80D90C779215F5E1A5CDE2283.tpdljo05v_3?idArticle=LEGIART1000023450922&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130311&categorieLien=id&oldAction=. Traducción ver nota de página 14 supra.

51 Casación civil 1, 7 de enero de 1992, REVARB, 1992 471, nota BELLET, P.; JDI, 1992. 707. Nota JARRONSON, Ch.

52 Ver reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional Vigente a partir del 1° de enero de 2012. "... Artículo 12. Constitución del tribunal arbitral..." "4. Cuando las partes hayan acordado que la controversia deberá ser resuelta por tres árbitros, cada parte, en la Solicitud y en la Contestación, respectivamente, deberá designar un árbitro para su confirmación. Si una parte se abstiene de designar árbitro, el nombramiento será hecho por la Corte..." Disponible en <http://www.google.fr/#fp=f6670336a8f8c7a&q=reglamento+cci+arbitraje+2012>

Una vez el tribunal arbitral ha sido constituido, con o sin la intervención del juez de apoyo al inicio del procedimiento arbitral, otras situaciones pueden necesitar de su intervención, como el procedimiento de recusación que estudiaremos a continuación:

3.2 La recusación del árbitro

La recusación es un procedimiento mediante el cual una de las partes solicita que el árbitro sea sancionado a causa de una incertidumbre grave sobre su imparcialidad⁵³, también puede ser considerado como un mecanismo de prevención para que el árbitro se separe del tribunal y de esta manera salvaguardar el procedimiento arbitral.

La relación existente entre los árbitros y las partes en el procedimiento debe ser transparente, esto se reflejará en el fondo del litigio, más aun si se tiene en cuenta que los poderes otorgados a los árbitros para dirimir el litigio son los mismos de un juez, aun si se trata de una misión transitoria.

Las instituciones de arbitraje internacional imponen en sus reglamentos procedimientos de control sobre la imparcialidad de los árbitros, la CCI⁵⁴, por ejemplo, entrega a los árbitros un

cuestionario en el cual deben revelar la relación que puedan tener con las partes. El reglamento de la AFA prevé asimismo la obligación del árbitro de realizar una declaración de independencia⁵⁵.

Pero además de la independencia, ciertas legislaciones en arbitraje internacional incluyen otras causales de recusación, como la suiza que permite recusar un árbitro por no cumplir con las competencias requeridas por las partes⁵⁶. La legislación colombiana adopta también esta causa adicional de recusación.

En derecho francés la recusación está codificada en el artículo 1456 del código de procedimiento civil.

(...) El tribunal arbitral se considerará constituido cuando el árbitro o los árbitros acepten la misión que les ha sido confiada. En ese momento aboca el conocimiento de la controversia. Antes de aceptar su misión, el árbitro deberá revelar cualquier circunstancia que pudiera afectar su independencia o imparcialidad. Tiene también la obligación de revelar sin dilación, cualquier circunstancia de igual naturaleza que pudiera surgir después de la aceptación de su misión.

En caso de controversia sobre la permanencia del árbitro, esta será resuelta por la persona encargada de administrar el arbitraje o en su defecto, por el juez de apoyo, a quien deberá someterse la

53 DE BOISSEISON, M. "Le droit français de l'arbitrage interne et international. GLN Joly Edition. Pag 777 y 778.

54 El reglamento de la CCI 2012 sobre el arbitraje establece en su artículo 11 la obligación de revelación e imparcialidad en los siguientes términos:

Article 11: General Provisions

1) Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration.

2) Before appointment or confirmation, a prospective arbitrator shall sign a statement of acceptance, availability, impartiality and independence. The prospective arbitrator shall disclose in writing to the Secretariat any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the arbitrator's impartiality. The Secretariat shall provide such information to the parties in writing and fix a time limit for any comments from them.

3) An arbitrator shall immediately disclose in writing to the Secretariat and to the parties any facts or circumstances of a similar nature to those referred to in Article 11(2) concerning the arbitrator's impartiality or independence which may arise during the arbitration.

4) The decisions of the Court as to the appointment, confirmation, challenge or replacement of an arbitrator shall be final, and the reasons for such decisions shall not be communicated.

5) By accepting to serve, arbitrators undertake to carry out their responsibilities in accordance with the Rules.

6) Insofar as the parties have not provided otherwise, the arbitral tribunal shall be constituted in accordance with the provisions of Articles 12 and 13.

Disponible en : http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/#article_5

Arbitration/#article_5

55 El reglamento de arbitraje de la AFA prevé la obligación de revelación en los siguientes términos:

Article 4. L'arbitre-indépendance et obligations.

Article 4. §1

Tout arbitre désigné par une partie ou par le Comité d'arbitrage remet à celui-ci, en acceptant ses fonctions, une déclaration d'indépendance. Cette déclaration doit signaler toutes circonstances que pourraient être de nature, aux jeux des parties à affecter cette indépendance.

Article 4. §2.

Dans ce dernier cas, le Comité d'arbitrage communique aux parties les circonstances signalées, pour recueillir leurs observations éventuelles, avant de prendre la décision qui lui incombe de nommer ou non l'intéressé.

Article 4. §3

Tout arbitre s'engage à exécuter conformément au Règlement d'arbitrage et avec diligence la mission qu'il a acceptée.

56 Article 180. "... Récusation des arbitres.

Un arbitre peut être récusé:

Lorsqu'il ne réponde pas aux qualifications convenues par les parties..»

Disponible en : http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=270807

cuestión dentro del mes siguiente a la revelación o al descubrimiento del hecho litigioso(...)»⁵⁷.

Por su parte la ley colombiana permite a través del artículo 76 (1) de la Ley 1563 que las partes acuerden el procedimiento aplicable para la recusación o que se remitan al reglamento de una institución de arbitraje. Si las partes no acordaron procedimiento alguno o si no se remiten a un reglamento institucional, la Ley prevé en el artículo 76 un procedimiento supletorio⁵⁸.

Esto quiere decir que el único evento en el que el juez de apoyo intervendría sería en caso de aplicación del procedimiento supletorio del artículo 76, debido a que es en este supuesto cuando se prevé la intervención del juez local. En este caso cabría preguntarse sobre el procedimiento a seguir en caso de que, a pesar de haberse pactado entre las partes un procedimiento de recusación, o en caso de que aplique un reglamento institucional, no se pudiera solucionar la recusación de uno o varios de los árbitros, ¿podría intervenir el juez de apoyo? De otra parte, el artículo 75 impone como condición al árbitro para ejercer sus funciones una obligación de revelación similar a la del derecho francés, e incluye en la segunda parte otra posibilidad de recusación relativa a las calidades exigidas de las partes:

Artículo 75. Motivos de recusación (...) La persona a quien se le comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia. El árbitro desde su momento de nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales revelará oportunamente tales circunstancias a las partes.

57 *Código de procedimiento civil francés Artículo. 1456.*
« Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.
« Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission.
« En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux ». <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT00006070716&idArticle=LEGIARTI000023450865&dateTexte=20130311>. Traducción ver nota de página 14 supra.

58 Tomado del artículo 13 de la Ley Modelo.

Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las calidades convenidas por las partes... (Subrayado fuera de texto).

Las dos disposiciones en el derecho francés y colombiano son similares en lo que se refiere al deber de revelación, partiendo de su redacción, sin embargo la jurisprudencia y la doctrina francesa hacen una diferencia esencial entre el deber de imparcialidad e independencia y el deber de revelación, que no se encuentra presente en la práctica colombiana –a pesar de que la nueva ley 1563 en Colombia impone una obligación de información de los árbitros que se asemeja al de revelación-.

En efecto la jurisprudencia francesa comenzó a ser más exigente con respecto a la exigencia de la revelación por parte del árbitro. Ciertos autores consideraron que el deber de revelación había substituido el deber de independencia e imparcialidad⁵⁹. Los árbitros tendrían la obligación de revelar a las Partes cualquier hecho que pudiera comprometer sus funciones durante el curso del proceso arbitral.

Según la doctrina, la independencia y la imparcialidad del árbitro, solo pueden ser garantizadas a través de la obligación de revelación. En efecto, el control de independencia y sobre todo el de la imparcialidad son tan subjetivos que la única manera de proceder es examinando, si los hechos objetados figuran o no en la declaración de independencia –que se desprende de la relevación de los miembros del tribunal-. Es el árbitro quien debe hacer conocer las circunstancias que puedan poner en duda su independencia, de esta manera pesa sobre él una verdadera obligación de transparencia frente a las partes.

Empero, la doctrina hace una diferencia clara entre la violación al deber de revelación y el de independencia del árbitro, porque solo una violación a esta última podría constituir un motivo de anulación de la sentencia. En efecto, teniendo en cuenta el alcance de la obligación de revelación, toda omisión de información de la parte del

59 CLAY, T. *La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation.* REV. ARB. 2009.190.

árbitro no puede considerarse como susceptible de afectar su independencia "(...)El no respeto de la obligación de revelación no constituye per se una falta que podría comprometer la responsabilidad de su autor pero no una causa de anulación de la sentencia(...)"⁶⁰.

En derecho francés la obligación de revelación ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial que nos permite apreciar los alcances de la obligación de imparcialidad, la cual cuenta a su vez con una relación directa con la obligación del árbitro que está investido "de una misión al mismo tiempo contractual y jurisdiccional que debe realizar en toda conciencia, independencia e imparcialidad"⁶¹ "y que está relacionada directamente con el deber de lealtad que se impone respecto a las partes"⁶².

La obligación de revelación impone al árbitro el deber de informar a las partes sobre todas las circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad. Una vez en conocimiento de estas circunstancias deberán decidir sobre la aceptación, o no, del nombramiento del árbitro propuesto, o bien de su continuidad.

Si con conocimiento de causa las partes contestan de manera tardía la independencia del árbitro, puede configurarse el rechazo del recurso de anulación. La Corte de Apelación de París decidió mediante sentencia del 10 de abril 2008:

La eficacia del procedimiento arbitral y la cooperación entre las partes y el tribunal arbitral obligan a cada parte a invocar todas las irregularidades desde que ellas tengan conocimiento(...)⁶³ (Traducción libre).

En el caso contrario, si el árbitro hubiera omitido revelar ciertas informaciones, la consecuencia sería la eventual anulación del laudo arbitral. Por esta razón los árbitros son cautelosos y prefieren revelar todas las informaciones, a veces en exceso y no siempre relevantes para el caso.

La jurisprudencia es abundante. El 20 de octubre de 2010, la primera sala civil de la Corte de Casación recordó los alcances de la obligación de revelación en cabeza de los árbitros y las razones por las cuales los árbitros deben revelar los elementos susceptibles de poner en duda su independencia:

(...) el carácter sistemático de la designación de una persona determinada por las sociedades de un mismo grupo, su frecuencia y su regularidad en un largo periodo, en contratos comparables, crearon una relación de negocios entre la persona y las sociedades del grupo que hacen parte del procedimiento, el árbitro tenía la obligación de revelar la integralidad de la situación a la otra parte para que esta estuviera en la medida de ejercer su derecho a la recusación(...)⁶⁴ (Traducción libre).

Otra jurisprudencia del año 2011 tiene que ver con la negativa por parte de los árbitros de firmar la declaración de imparcialidad. La Corte de Apelación de París consideró que:

60 HENRY, M. *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*. Editorial L.G.D.J., 2001. « ..Le non-respect de l'obligation de révélation est une faute susceptible d'engager la responsabilité de son auteur mais ne constitue pas per se une cause d'annulation de la sentence... »

61 Corte de Apelaciones de París, Pôle 2, Primera sala, 1er de marzo de 2011, n° 09/22701, « Salomon X cl SAS Consultaudit ». Refiriéndose a la misión del árbitro la Corte consideró que los árbitros estaban investidos « d'une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle, qu'il doit remplir en toute conscience, indépendance et impartialité ».

62 El alcance de la obligación de independencia fue dada por la Corte de apelaciones de París en una sentencia del 20 de noviembre de 1997: " L'indépendance de l'arbitre est de l'essence de sa fonction juridictionnelle en ce sens que, d'une part il accède dès sa désignation au statu de juge exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties et que d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage » (3R cl phenix-Rivhelieu). Ver Corte de Apelaciones de París. Primera sala, sect C. Nov 1977, n° 96/82828.

63 Corte de apelaciones de París. Primera sala, sect , 10 avr. 2008, n° 06/15636. « .. L'efficacité de la procédure arbitrale et la coopération entre les parties et le tribunal arbitral obligent toute partie à soulever tout moyen d'irrégularité dès qu'elle en a connaissance » (SAS C22 cl Jhon K Kiling and sons Ltd).

64 Corte de Casación. Primera sala civil. Arrêt n° 962 del 20 de octubre 2010 n° 09/68.131, Corte de Casación. Primera sala civil. Arrêt n° 963 del 20 de octubre 2010 n° 09-68.997. « ... le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation, la cour d'appel a violé les textes susvisés... » Disponible en http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/963_20_17862.html.

(...) El rechazo no motivado de los árbitros de someterse a la obligación que les incumbe de satisfacer una demanda de declaración de intereses formulado por una de las partes, era de naturaleza a hacer dudar razonablemente de su independencia y de la imparcialidad del tribunal arbitral, adicionalmente, se estableció que el señor X, árbitro designado, participaba en otros arbitrajes donde las partes eran las mismas(...) ⁶⁵ (Traducción libre).

En los dos casos citados las altas cortes sancionan las omisiones por parte de los árbitros de revelar la totalidad de las informaciones. El deber de información es corolario de la recusación pero sigue siendo una facultad de las partes. Ellas pueden decidir el no solicitarla.

Respecto del alcance de la obligación de revelación en Colombia, según la ley 1563 de 2012, dado que el texto es de adopción reciente, será necesario esperar que las altas cortes colombianas se pronuncien respecto a la extensión y contenido del deber de revelación de los árbitros.

Es común que, en ciertos tipos de eventos, en Colombia se encuentren en el mismo recinto árbitros y partes sin que por esta razón sea considerado que el deber de imparcialidad pueda ser objeto de discusión, a la diferencia con Francia, donde los árbitros son extremadamente precavidos para evitar problemáticas posteriores. Sin embargo, también es cierto que los casos que se conocen son anteriores al nuevo estatuto arbitral.

La nueva reglamentación creó una obligación más estricta a cargo de los árbitros de revelar todos los vínculos posibles con el caso o con las partes, el contencioso en Colombia sobre la materia apenas va a empezar y la práctica demostrará cómo lo manejan los distintos intervinientes. En todo caso, la no revelación de una información crucial por parte de un árbitro puede ser atacada en el futuro a través del recurso

de anulación del artículo 108⁶⁶ por indebida integración del tribunal arbitral.

A pesar de la ausencia de antecedentes importantes en Colombia de los casos de recusación contra los árbitros y la incertidumbre por parte de los practicantes sobre la manera de actuar en la materia, a nivel internacional se han desarrollado diversas normas que sirven de guía para los árbitros y los abogados, y que no son de obligatoria observancia, sin perjuicio de que las partes las adopten en el convenio arbitral.

Algunos ejemplos se encuentran en las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, el *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes* de la AAA y los extractos de decisiones publicadas en la materia por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Estos documentos pueden servir a los practicantes en Colombia para resolver dudas que tengan sobre posibles conflictos de intereses.

Una diferencia importante entre los dos sistemas de arbitraje en Francia y en Colombia es que el legislador colombiano incorporó, como causal de recusación, la ausencia de las competencias exigidas por las partes para desarrollar la actividad de árbitro.

Este tipo de disposiciones tiene como fundamento la naturaleza misma del arbitraje, que por ser convencional, radica en la voluntad de las partes. Establecer unas calificaciones mínimas por medio de acuerdo, en aspectos profesionales o técnicos, está basado en la misma libertad de pacto de los implicados. Sin embargo, esta causal debe ser aceptada bajo los límites de lo razonablemente exigible, para que no se convierta en una estrategia dilatoria en los procesos arbitrales.

El uso de la recusación como técnica dilatoria es una práctica que se ha desarrollado recientemente, incluso ante las instancias

⁶⁵ Corte de apelaciones de París, pôle 1, Ch 1, 10 de marzo de 2011 RG n° 09/21413. « le refus non motivé des arbitres de se soumettre à l'obligation qui leur incombe de satisfaire à une demande de déclaration d'intérêts formulée par une partie, était de nature à faire raisonnablement douter celle-ci de l'indépendance, qui sont essence même de la fonction arbitrale, alors, en outre qu'il est établi que M. X arbitre désigné participait à d'autres arbitrages, mettant en cause les mêmes parties ; »

⁶⁶ Ley 1563 de 2012. Artículo 108 : "Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio: a) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley". Ver nota de página 13 supra.

arbitrales de la CCI. La recusación se ha triplicado según las estadísticas de la propia institución entre el periodo comprendido entre 1993 y 2006⁶⁷ y solo un número mínimo de casos tenía un verdadero fundamento.

Ahora procederemos a dar algunas consideraciones respecto del remplazo de los árbitros.

3.3 El remplazo del árbitro

El remplazo o la sustitución del árbitro es un evento delicado que puede tener consecuencias jurídicas importantes en el curso del procedimiento arbitral. De una parte existe la problemática de los honorarios que han sido pagados al árbitro. De otra parte, las implicaciones de un proceso equitativo y si es necesario repetir la totalidad de actuaciones que habían sido adelantadas por el árbitro que será remplazado.

El criterio utilizado en la práctica francesa del arbitraje reside en el momento en que el remplazo del árbitro intervino. Si el reemplazo ocurre después de que el árbitro escucha a las partes en audiencia es altamente probable que se dé la necesidad de repetir las actuaciones.

En derecho francés, el artículo 1457 del código de procedimiento civil, prevé la intervención subsidiaria del juez de apoyo en caso de diferencias relacionadas con las razones invocadas por el árbitro para abandonar su misión arbitral:

Todo arbitro deberá desarrollar su misión hasta su término al menos que justifique la existencia de un impedimento o de una causa legítima de abstención o renuncia.

En caso de diferencia sobre la realidad del motivo invocado, el asunto será resuelto por la persona encargada de organizar el arbitraje, o en su defecto por el juez de apoyo a quien deberá someterse la demanda dentro del mes que sigue al impedimento, la abstención o la renuncia(...)⁶⁸.

La ley colombiana estipula la intervención del juez de apoyo en los mismos casos en el artículo 77 de la ley de 2012.

Artículo 77. Falta o imposibilidad de ejercicio de funciones:

A falta de acuerdo de las partes:

1. Cuando el árbitro se vea impedido de jure o de facto para el ejercicio de sus funciones o no las ejerza dentro de un plazo razonable por el motivo que sea, cesará su cargo, si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a alguno de estos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad judicial que declare la cesación del encargo, decisión que no tendrá recurso alguno.

2. La renuncia de un árbitro o el acuerdo de las partes para la cesación de sus funciones. No se considerara como aceptación de la procedencia de alguno de los motivos mencionados en el presente artículo o, si fuere el caso de los motivos del artículo 75(...).

Nuevamente vemos cómo la disposición del derecho francés utiliza la figura del juez de apoyo como mecanismo subsidiario para resolver las dificultades relacionadas con el reemplazo, condicionándolo a que las partes estén de acuerdo y a que la institución de arbitraje escogida no prevea dentro de su reglamento otra solución ante esta eventualidad.

La intervención del juez es utilizada con más frecuencia en los arbitrajes *ad hoc*, teniendo en cuenta que raramente el compromiso o la cláusula compromisoria, estipulan mecanismos en este tipo de eventualidades.

En Colombia, la intervención del juez de apoyo como mecanismo subsidiario pareciera ser menos evidente, teniendo en cuenta que la institución encargada del arbitraje no es mencionada en la disposición.

67 CCI, Reporte estadístico, 14 (1) ICC. Ct. Boletín, 7, 11 (2003) – Reporte estadístico- 2006, 18 (1) ICC. Bull. 5, 9 (2007).

68 Código de procedimiento civil francés artículo 1457. "Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission. En cas de différend sur la réalité du motif invoqué, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou à défaut, tranchée par le juge d'appui saisi dans le mois qui suit

l'empêchement, l'abstention ou la démission...". Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=001EA7D80D90C779215F5E1A5CDE2283.tpdjo05v_3?idArticle=LEGIARTI000023450846&cidTexte=LEGITEXT00006070716&dateTexte=20130311&categorieLien=id&oldAction= Traducción ver nota de página 14 supra.

Sin embargo, haciendo una lectura sistemática de las disposiciones en arbitraje internacional, podríamos concluir que la voluntad del legislador es la de favorecer la voluntad de las partes.

Esta es la conclusión de la lectura del artículo 64 de la ley 1563 de 2012:

(...) En la interpretación del arbitraje internacional habrá que tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad y la observancia de la buena fe.

... Cuando una disposición de la presente sección, excepto el artículo 101, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esta facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida la institución, para que adopte esa decisión.

Cuando una disposición de la presente sección, se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en el mencionado.

Asimismo el literal c del artículo 76 de la ley de 2012 sobre el procedimiento de recusación:

Artículo 76. Procedimiento de recusación

En el procedimiento de recusación del arbitraje internacional:

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en el reglamento arbitral.

A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se seguirán las siguientes reglas:

c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá el nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que se hubiera nombrado a un árbitro suplente(...)⁶⁹.

Así las cosas, en la ley 1563 de 2012 y en el Decreto de 2011, la intervención del juez es subsidiaria.

4. EL CONTROL JUDICIAL POST LAUDO

El control ejercido por los jueces sobre los laudos arbitrales es un control a posteriori y, en principio, limitado. A pesar de la consagración de principios rectores en el arbitraje internacional, como el principio de competencia-competencia, los sistemas nacionales no otorgan al árbitro una jurisdicción exclusiva sobre los asuntos sometidos al arbitraje y el alcance del convenio arbitral, sino una jurisdicción primaria, luego revisable judicialmente, aunque, en las jurisdicciones pro-arbitraje, de manera limitada⁷⁰.

La competencia para ejercer esta función se encuentra en cabeza de autoridades judiciales diferentes al juez de apoyo. En el caso colombiano encontramos la intervención de la Corte Suprema de Justicia para la anulación y reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros o, en caso de existencia de una entidad pública, la sección tercera del Consejo de Estado. Para el caso francés el recurso de anulación la competencia es de la Cour d'appel (Corte de apelaciones) y para el reconocimiento de sentencias arbitrales internacionales, el Presidente del tribunal de Grande Instance.

El juez puede efectuar su control a posteriori a través de cuatro procedimientos que analizaremos sucesivamente: el recurso de anulación, el trámite de reconocimiento de las sentencias arbitrales, el recurso de apelación contra la ordenanza que niega el exequátur en Francia y, para el caso colombiano, el control de constitucionalidad; aunque en este caso, hasta el momento, solo se ha dado un control sobre los laudos proferidos en arbitraje nacional.

4.1. El recurso de anulación

En términos generales, el recurso de anulación permite a los jueces revisar la validez del laudo, verificando únicamente si se configura alguna de las causales taxativamente señaladas por la ley. El objetivo es que las partes puedan tener acceso a

⁶⁹ Ver nota de página 13 supra.

⁷⁰ ROQUE J. CAIVANO, *Retos del arbitraje frente a la administración de justicia*. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-1-2.pdf.

una instancia judicial, si lo consideran necesario, pero de manera limitada, lo que evidencia la confianza y el respeto de las legislaciones frente a este mecanismo de resolución de conflictos.

Veremos la manera como las dos legislaciones, objeto de nuestro estudio, codifican el recurso de anulación contra los laudos en el arbitraje internacional, proferidos en el territorio nacional (4.1.1); para luego concentrarnos en una de las novedades francesas del Decreto de 2011 respecto a la posibilidad de renunciar al recurso de anulación y la consagración del mismo principio en Colombia en La ley 1563 de 2012. (4.1.2)

4.1.1. La consagración del recurso de anulación

En derecho francés el artículo 1520⁷¹ del Código de Procedimiento Civil enumera de manera taxativa las causales de anulación de un laudo arbitral internacional:

Art. 1520. El recurso de anulación sólo podrá interponerse si:

1. el tribunal arbitral se ha declarado erradamente competente o incompetente
2. el tribunal arbitral fue constituido de forma irregular o
3. el tribunal arbitral decidió sin atenerse a la misión que le había sido confiada o
4. no se ha respetado el principio de debate contradictorio o
5. el reconocimiento o la ejecución del laudo son contrarios al orden público internacional (...).

⁷¹ Código de procedimiento civil francés artículo 1520. Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international... »

Disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIART1000023427702&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130526&oldAction=rechCodeArticle>. Traducción ver nota de página 14 supra.

Colombia, por su parte, incorpora por medio de la Ley 1563 de 2012, en el artículo 108, el recurso de anulación de la siguiente manera:

Causales de anulación. La autoridad judicial podrá anular el laudo arbitral a solicitud de parte o de oficio:

1. A solicitud de parte, cuando la parte recurrente pruebe:

a) Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley colombiana; o

b) Que no fue debidamente notificada de la designación de un árbitro o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

c) Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta sección de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se ajustaron a las normas contenidas en esta sección de la ley.

2. De oficio, cuando:

a) Según la ley colombiana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o,

b) El laudo sea contrario al orden público internacional de Colombia (...).

A pesar de que la terminología en las dos legislaciones es diferente, las causales de anulación en los dos sistemas son similares, salvo por ciertas excepciones a las que nos referiremos a continuación.

En primer lugar, la ley 1563 de 2012 faculta a la autoridad judicial para pronunciarse de oficio respecto de ciertas causales de anulación previstas contra el laudo arbitral, mientras que en derecho francés, estas deben ser objeto de una solicitud específica de las partes.

Es decir, que si la sede del arbitraje escogida por las partes es Colombia, las autoridades judiciales pueden pronunciarse oficiosamente sobre la nulidad de los laudos arbitrales en dos casos: (i) cuando el laudo arbitral viola el orden público internacional de Colombia o; (ii) cuando el litigio que fue dirimido por el árbitro no era susceptible de arbitraje⁷². Además, la legislación colombiana contempla una particularidad: las partes pueden renunciar al recurso de anulación o a ciertas de las causales previstas por la Ley para el recurso de anulación. Si las partes renuncian al recurso de anulación es claro que el juez no podría conocer del eventual recurso, razón por la cual no se puede hablar de pronunciamientos de oficio contemplados en el artículo 108. Asimismo, en caso de que las partes renuncien a algunas de las causales, se debe entender que pueden solo renunciar a aquellas que tienen disponibles, pero no a las que el juez puede declarar de oficio.

De cualquier modo, consideramos que la posibilidad para las autoridades judiciales de pronunciarse oficiosamente sobre las causales de nulidad es de difícil aplicación, teniendo en cuenta que cuando una de las partes decide hacer uso de la demanda de anulación del laudo arbitral, invocara por ella misma todas las causales que considera pueden existir; sin exponerse al riesgo de que la autoridad judicial no las contemple en su decisión.

¿Sería posible, en el caso colombiano, que la Corte Suprema de Justicia pueda negar el reconocimiento de un laudo realizado en el extranjero, con fundamento en una causal de nulidad de la sentencia arbitral? La ley 1563 de 2012 no hace referencia a esta posibilidad pero nada impediría que esta situación se presentara. Nuevamente la jurisprudencia declara más tarde la posición de las autoridades judiciales colombianas.

⁷² En derecho francés esta causal equivale a la expresión "cuando el tribunal arbitral se ha declarado erradamente competente o incompetente".

En Francia esta posibilidad existe, por ejemplo en la jurisprudencia Soerni⁷³, - no se trataba de un recurso de anulación, sino del procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo inglés en Francia - la Corte de Casación analizó igualmente la validez del convenio arbitral, a solicitud de la parte que se oponía al reconocimiento de la sentencia arbitral.

Así las cosas, en el derecho francés, aunque el juez no tenga específicamente la posibilidad de invocar causales de nulidad que no fuesen alegadas por las partes, el juez puede rechazar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. Sin embargo, este tipo de control es muy limitado y solo una contrariedad al orden público internacional justificaría tal rechazo.

El rechazo también puede justificarse por una de las causales de anulación. Así el artículo 1514 del Código de Procedimiento Civil, establece que los laudos arbitrales son reconocidos en Francia si su existencia fue establecida por quien demanda el reconocimiento y si no es contraria al orden público internacional. El último inciso del artículo 1525, del mismo código, también establece que la Corte de Apelaciones puede negar el reconocimiento o el exequátur del laudo arbitral, solo en los casos establecidos en el artículo 1520, los cuales no son otros que las causales para solicitar la anulación de la sentencia.

A diferencia del derecho francés, que remite como causales para negar la solicitud del exequátur a las causales de nulidad del laudo, la Ley 1563 de 2012 hace la diferencia entre causales de nulidad y causales de negación del exequátur de manera taxativa y separada. Nos referiremos a ellas en la parte dedicada al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales que veremos posteriormente.

4.1.2. La renuncia al recurso de nulidad

Una de las novedades introducidas por el Decreto del 2011, en su artículo 1522, es la facultad de las partes de renunciar expresamente y mediante una convención especial al recurso de anulación. El decreto no hace mención de una fórmula precisa para la redacción de la convención, la única condición es que las partes

⁷³ Corte de Casación de 8 de julio de 2009, "Soemi c/ société Air Sea Broker Ltd".

expresen sin ambigüedad que renuncian al recurso⁷⁴.

Esta disposición en derecho francés está inspirada en el arbitraje suizo y se encuentra prevista en muy pocas legislaciones. En Francia el recurso a esta renuncia no está condicionado a que las partes tengan o no su domicilio, ni su residencia, ni su establecimiento en el territorio, como existe en otras legislaciones extranjeras que adoptaron esta opción, tales que la belga o la sueca. Esto significa también, que no se hacen consideraciones respecto de la nacionalidad de las partes.

La posibilidad de la renuncia al recurso de anulación en Colombia es más limitado, la Ley 1563 de 2012 contempla en el artículo 107, parágrafo dos, la posibilidad de renunciar al recurso de anulación para las partes, siempre y cuando no cuenten con su domicilio o residencia en Colombia. En Colombia el recurso de anulación procede contra los laudos arbitrales, sin embargo, un laudo arbitral no es solo la decisión final sobre el fondo del litigio.

Puede existir así, por ejemplo, un primer laudo sobre la existencia, o no, de responsabilidad, y un segundo laudo sobre la indemnización de perjuicios. Los dos laudos podrían ser atacados mediante el recurso de anulación. De otro lado, las medidas cautelares pueden decretarse, o no, mediante un laudo, susceptible de recurso de anulación. Esto puede facilitar una eventual ejecución del laudo en el extranjero. Adicionalmente, la medida cautelar puede atacarse también mediante la solicitud de negación de la ejecución de la medida cautelar

La posibilidad y validez de la renuncia al recurso de anulación en Francia y en Colombia, hacen de ellos países favorables al arbitraje internacional. Eliminar el recurso de anulación del laudo es un paso hacia la deslocalización del arbitraje, lo que a su vez fortalece la convención de New York, y lo deja como instrumento único de control de los laudos, que será en todo caso la red

protectora y que asegura la libre circulación del laudo⁷⁵.

En todo caso, en Francia, aunque las partes renuncien a la anulación, tendrán la oportunidad de recurrir al recurso de apelación contra la decisión que admite el exequátur sobre el fundamento de las mismas causales previstas para la anulación. Vale la pena recordar que en Francia, en principio, no existe recurso en arbitraje interno e internacional contra la decisión que acuerda o autoriza el exequátur, solo contra la decisión que lo rechaza, sin embargo, en caso de renuncia del recurso de anulación, se permite la apelación de la decisión de admisión del exequátur del laudo.

Igualmente el caso colombiano consagra un mínimo de protección judicial. En la Ley 1563 de 2012, la regla general hace que los laudos no sean objeto del procedimiento de reconocimiento y ejecución de la sentencia, salvo en el caso que las partes hubieran renunciado a la anulación, caso en cual la sentencia arbitral será el objeto del control por parte de las autoridades judiciales. Cabe recordar que en Colombia, en caso de arbitraje internacional, no existe el recurso de revisión del laudo arbitral.

De esta manera, a pesar de que las dos legislaciones otorgan a las partes la oportunidad de renunciar a la anulación, también les proporciona ciertas garantías.

4.2. El recurso de apelación.

En derecho francés, el recurso de apelación está reservado a las ordenanzas que niegan el exequátur de los laudos arbitrales en materia interna o internacional rendidas en el extranjero o cuando en materia internacional las partes han renunciado al recurso en anulación. Los artículos 1525 y siguientes del Código de Procedimiento Civil consagran las condiciones para solicitar el recurso:

Art. 1525. El auto que decide sobre una solicitud de reconocimiento o de exequátur de un laudo arbitral dictado en el extranjero es susceptible de apelación. La apelación se interpondrá en un plazo de un mes contado a partir de la notificación de

⁷⁴ La exigencia de la estipulación escrita existe en la Convención de New York, Artículo II, Artículo 7(2) de la Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI entre otras.

⁷⁵ JIMENEZ FIGUERES, Dyalà Jimenez. *Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcances y análisis comparativo. Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. Páginas 531-537.*

la decisión. Sin embargo, cuando la apelación se interponga contra el laudo en el que conste ya el exequátur, las partes podrán convenir otro modo de comunicación. La Corte de apelaciones sólo podrá denegar el reconocimiento o el exequátur del laudo arbitral por los motivos previstos en el artículo 1520(...)⁷⁶.

Por el contrario, el derecho colombiano no contempla la posibilidad de un recurso de apelación en caso de no reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales. El artículo 113 de la Ley 1563 de 2012 contempla:

(...) **Artículo 113. Competencia funcional.** La decisión adoptada por la autoridad judicial competente en el trámite de reconocimiento de los laudos que conforme a la presente sección demanden del mismo se tramitará en única instancia y contra ella no procederá recurso o acción alguna (...).

La redacción de los dos legisladores nos permite establecer, una vez más, la tendencia liberal del Decreto 2011 en Francia respecto al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

Estableciendo un recurso de apelación contra la ordenanza que niega el exequátur de los laudos arbitrales, el legislador Francés da una última oportunidad a las partes para hacer efectiva la decisión en el ámbito jurídico francés.

La autoridad judicial no va a pronunciarse sobre el fondo del asunto que fue el objeto del litigio sino sobre la ordenanza que negó el exequátur, basándose en las causales establecidas en el artículo 1520 del Código de Procedimiento Civil, que, como explicaremos, consiste en un

control mínimo. El Decreto 2011 favorece la eficacia del arbitraje internacional

4.3. El reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales

El trámite de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales es un procedimiento que tiene como objetivo obtener la fuerza ejecutoria de una decisión que fue proferida en el extranjero.

Un laudo arbitral internacional es definido en derecho francés como una decisión de justicia internacional que no está ligada a ningún orden judicial estatal. Como consecuencia la autoridad judicial deberá, al momento de la demanda de su reconocimiento y ejecución en el territorio, apreciar su regularidad respecto del derecho francés⁷⁷ y en el procedimiento para el mismo que se encuentra codificado en los artículos 1514, 1515, 1516, y 1517 del Código de Procedimiento Civil.

Es precisamente por estas razones que ciertas sentencias arbitrales que han sido anuladas en su Estado de origen pueden ser reconocidas y ejecutadas en Francia.

La jurisprudencia francesa consideró que la validez de un laudo arbitral no debe ser evaluada solamente teniendo en cuenta la ley de la sede del arbitraje, sino también la ley donde deberá ser ejecutoriada, la cual tiene iguales o más facultades para hacerlo⁷⁸. Es decir que, a pesar de haber sido anulada en otro país, si la sentencia cuenta con las condiciones establecidas por la jurisprudencia y la legislación vigente, podrá ser objeto de un reconocimiento y una ejecución en el Estado Francés.

Varias decisiones de las altas Cortes ilustran las tendencias de las últimas décadas respecto al tema, encontramos por ejemplo la jurisprudencia de la Corte de Casación desde los años ochenta con el célebre caso *Société Pabalk Ticaret v. Société Norsolor*⁷⁹, posteriormente *Hilmarton v.*

76 Artículo 1525 código de procedimiento civil francés.
« La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est susceptible d'appel.
L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision.
Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de notification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtue d'exequatur.
La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale de dans les cas prévus à l'article 1520... ».
Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=621E3A337FE4397A652EA90D9A08BE6D.tpdjo07v_2?idArticle=LEGIARTI000023430205&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20121203. Traducción ver nota de página 14 supra.

77 *Casación Civil, Sala primera, 23 de marzo de 1994, Rev. Arb. 1994.327*, nota JARRONSON Ch ; *Rev. Crit. DIP*, 1995. 956, nota OPPETIT B. ; *JDI*, 1994. 701.

78 GAILLARD, Emmanuel. *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine*, *Journal du Droit international*, 125^e année (1998) No 3 - Juillet-Août-Septembre.

79 *Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Société Norsolor. Corte de Casación de París (9 de octubre, 1984)*, 2 *Journal of International*

Omnium de Traitement y de Valorisation, OTV, pero también uno de los casos más relevantes es la decisión de la Corte de Casación en el caso Putrabali⁸⁰.

En esta sentencia la Corte de Casación confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de París sobre el exequátur del laudo arbitral de la siguiente manera:

El laudo internacional, que como tal no hace parte de ningún sistema jurídico estatal, es una decisión de justicia de carácter internacional cuya validez debe ser apreciada según las normas aplicables en el país en el cual se pide su reconocimiento o ejecución; ... en aplicación del artículo VII de [la Convención], la compañía Rena Holding tenía derecho a invocar en Francia el laudo de 10 de abril de 2001 dictado en Londres, en aplicación del convenio arbitral y del reglamento de la IGPA, y a prevalerse de las disposiciones del derecho francés de arbitraje internacional que no contempla la anulación del laudo en el país de origen como motivo de rechazo del reconocimiento y ejecución del laudo dictado en el extranjero(...).

De esta manera, la jurisprudencia considera que la declaración de la nulidad de la sentencia arbitral, en el estado sede del arbitraje, al no estar consagrada dentro de las causales para negar el reconocimiento de la sentencia arbitral en Francia, en aplicación del artículo VII de la Convención de Nueva York, puede ser reconocida y ejecutada en Francia⁸¹.

Esta posibilidad de reconocimiento de sentencias anuladas en el extranjero no está contemplada en la legislación colombiana.

Frente a los aspectos generales de reconocimiento y ejecución de las sentencias

arbitrales, Francia, al ser parte de los países que firmaron la Convención por el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales de junio de 1958 o “Convención de New York”, reconoce la autoridad de un laudo arbitral y acepta la ejecución del mismo conformemente a sus reglas de procedimiento.

Dos condiciones son esenciales para adelantar el procedimiento de exequátur: (i) que la parte que invoca el reconocimiento del laudo establezca su existencia, y (ii) que el laudo arbitral no sea manifiestamente contrario al orden público internacional, de manera flagrante, efectiva y concreta⁸².

Se trata de un procedimiento no contradictorio que debe demandarse ante el *Tribunal de Grande Instance*, sin embargo, la ley exige que en caso de rechazo al exequátur, la ordenanza sea motivada. La condición de que el laudo arbitral no esté en contra del orden público internacional es una concepción minimalista del orden público con el objetivo de que las autoridades judiciales no se pronuncien sobre el fondo del litigio.

Varios ejemplos jurisprudenciales ilustran la posición de la Corte de Casación francesa en este sentido. Podemos mencionar la sentencia del 6 de mayo de 2009, *International Company For commercial Exchanges (Income)*, en la cual se rechazó el exequátur dado que la sentencia había condenado a una de las partes en violación de la regla de orden público internacional sobre la suspensión de acciones individuales.

Por su parte, la consagración del reconocimiento y la ejecución en Colombia de los laudos arbitrales en Ley de 2012 establece en sus artículos 111 y siguientes, las condiciones para el reconocimiento de los laudos arbitrales internacionales en Colombia.

En primer lugar, el artículo 111 precisa que los laudos internacionales, cuya sede sea Colombia, serán considerados como laudos nacionales y podrán ser ejecutados directamente, salvo si las partes decidieron renunciar al recurso de anulación, hipótesis en la cual el reconocimiento es necesario.

Arbitration, 67. *XI Yearbook of Commercial Arbitration, YBCA*, 484 (1986). 24 *International Legal Materials, ILM*, 360 (1985).

80 PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding, Nos. 05-18053 y 06-13293, Corte de Casación (29 de junio, 2007). 1 *Bulletin Civil*, 250, 251. *Revue de l'Arbitrage*, 507 (2007). MANTILLA-SERRANO Fernando. *Panorama de jurisprudencia francesa (Capítulo francés del Club Español del Arbitraje): Comentario sobre la decisión de la Cour d'Appel (1ª Sala Civil) de 29 de junio de 2007 PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding*, 3 *Spain Arbitration Review*, 106 (2008).

81 MANTILLA SERRANO Fernando, *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la convención de Nueva York*. *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.* no.15 Bogotá July/Dec. 2009.

82 Ver en la jurisprudencia Corte de Casación, 9 de marzo de 2011, *Société Chantiers de l'Atlantique (CAT) /Société Gaz Transport et Tecnigaz (GTT)*.

Es una diferencia importante con respecto al derecho francés, dado que en Francia se exige un trámite de exequátur para los laudos arbitrales internacionales, a pesar de que la sede de arbitraje sea en Francia; como consecuencia lógica de la jurisprudencia que considera que las sentencias internacionales no están ligadas a ningún orden estatal.

En lo que se refiere al exequátur de los laudos arbitrales internacionales en general, el Estado colombiano también hace parte de los países que ratificó la Convención de New York de 1958, al igual que Francia, aunque también la convención de Panamá de 1975.

Esta nueva consagración legal en la Ley 1563 de 2012, pone fin a los procedimientos de exequátur que se realizaban bajo el imperio de las disposiciones legales anteriores, las cuales hacían de este procedimiento un trabajo complejo y lleno de condiciones; por lo tanto se asimilaban más a un proceso judicial que al simple reconocimiento de un laudo arbitral.⁸³

De otra parte, el artículo 112 de La ley 1563 de 2012 incluye las causales taxativas por las cuales las autoridades judiciales pueden rechazar el reconocimiento y la ejecución del laudo, calçadas de la Convención de New York y la de Panamá⁸⁴.

Artículo 112. Motivos para denegar el reconocimiento:

Solo se podrá denegar el reconocimiento del laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, en los casos y por las causales que se indican taxativamente a continuación:

a. A la instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando ella pruebe ante la autoridad judicial competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

- i. Que para el momento del acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad; o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se

hubiera indicado a ese respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

- ii. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no fue debidamente notificada de la designación de un arbitraje o de la iniciación de la actuación arbitral o no pudo, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o

- iii. Que el laudo versa sobre una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

- iv. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se adelantó o tramitó el arbitraje o

- v. Que el laudo no es aun obligatorio para las partes o fue anulado o suspendido por la autoridad judicial del país sede del arbitraje; o

b. Cuando la autoridad judicial competente compruebe:

- i. Que, según la ley colombiana, el objeto de la controversia no era susceptible de arbitraje; o

- ii. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serian contrarios al orden público internacional de Colombia..."

El trámite del exequátur de la Ley 1563 de 2012 es un trámite de única instancia contra el cual no procede recurso alguno.

A diferencia con el derecho francés, el trámite es contradictorio. En derecho francés, el artículo 1516 del Código del Procedimiento Civil establece que el procedimiento de exequátur no es contradictorio. Una vez que se da el auto admisorio de la demanda, el juez corre traslado a la contraparte. La ley impone adicionalmente al juez un plazo máximo de 20 días para pronunciarse.

83 BERNAL GUITIERREZ Rafael, "El arbitraje internacional dentro del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia", XXXIII Congreso Colombiano de derecho procesal, Universidad libre de Colombia, páginas 280 y siguientes.

84 Ver nota de página 78 supra.

En conclusión, las dos legislaciones estudiadas muestran su apertura al arbitraje y a la circulación de las sentencias arbitrales internacionales. Al formar parte de los Estados que firmaron la Convención de New York no solo se alinean a las tendencias internacionales del arbitraje, sino que también proporcionan a las partes las garantías necesarias para poder ejecutar los laudos; ciertas diferencias persisten pero ninguna tan significativa para obstaculizar el procedimiento. Francia ha sido, y sigue siendo, una de las sedes principales del arbitraje internacional. Colombia, con su nueva legislación, ya tiene una herramienta interesante para desarrollarse como un centro, al menos regional, del arbitraje internacional.

4.4. Control del juez de tutela

Por ser una particularidad del sistema del arbitraje en Colombia, en comparación con el sistema legal francés del arbitraje, estamos obligados a revisar en nuestro estudio una de las fragilidades del sistema, relacionada con lo que algunos autores han denominado la “*La constitucionalización del arbitraje*”⁸⁵, un fenómeno que se ha venido presentando en ciertos países latinoamericanos y que tiene relación con la incidencia del derecho constitucional en el arbitraje.

El interés académico por la dimensión constitucional fue tratado de manera global por primera vez en 2006, en el III congreso internacional de la Asociación Andrés Bello de juristas franco-latino-americanos, sobre la “*Constitucionalización del derecho privado*”⁸⁶, realizado en la ciudad de Bogotá. Esta “*constitucionalización*” ha sido el objeto de múltiples estudios por parte de diferentes autores, quienes han alertado sobre las consecuencias negativas de la intervención de la teoría constitucionalista en el arbitraje internacional.

Aplicado al caso colombiano, desde antes de la expedición de la Ley 1563 de 2012, sobre el arbitraje nacional e internacional, ha existido el

⁸⁵ DE JESÚS O, Alfredo. *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. Publicado en Estudios de derecho privado en Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.*

⁸⁶ LARRAUMET Christian, (Dir.), *Constitucionalización del Derecho Privado, Association Andrés Bello des juristes francolatino-américains - Universidad Externado de Colombia - Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.*

debate en torno a la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de 1991 y sus incidencias sobre el arbitraje.

Nos referiremos entonces en esta parte al fundamento constitucional de la acción de tutela contra el laudo arbitral, revisaremos en una parte subsiguiente la evolución jurisprudencial de las altas cortes colombianas en la materia, posteriormente la relación entre el recurso de nulidad y la acción de tutela para finalizar con la pregunta sobre la procedencia de la acción de tutela en el arbitraje colombiano después de la Ley 1563 de 2012.

4.4.1 El fundamento constitucional de la acción de tutela contra el laudo arbitral

El arbitraje ha sido descrito en la Constitución como una función jurisdiccional en donde los particulares quedan investidos de la función de administrar justicia de manera temporal⁸⁷, y así como administran justicia, deben hacer respetar los derechos de la Carta política de la misma manera que lo hace un juez de la república.

La acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano permite proteger los derechos fundamentales a través de la intervención de un juez que ordena, en el caso que considere necesario, la intervención de la autoridad pública para que el responsable o responsables de la violación, realicen un acto positivo encaminado a proteger el derecho fundamental, o a cesar los actos de violación para la preservación del derecho.

Relacionado con las sentencias judiciales, se ha admitido la procedencia de la acción cuando estas violan derechos fundamentales, si la violación es manifiestamente contraria a derecho, pudiéndose calificar como una vía de hecho.

Aplicados al objeto de nuestro estudio, la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales encontraría su fundamento,

⁸⁷ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 116, Inc. 4: “*Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.*”

teniendo en cuenta que son considerados como sentencias judiciales⁸⁸.

Así las cosas los jueces pueden llegar a modificar la decisión de un tribunal de arbitraje a través de la acción de tutela, lo cual comporta una grave vulneración a los principios del arbitraje en donde existen recursos específicos consagrados para atacar el laudo. Desafortunadamente el papel de la jurisprudencia de las altas cortes ha contribuido en este proceso.

4.4.2 La evolución jurisprudencial de la procedencia de la acción de tutela contra los laudos arbitrales

Fue a partir del año 2002 cuando la Corte Constitucional se refirió a la procedencia de la acción en caso de vías de hecho que vulnerarán derechos fundamentales y fue más lejos, aceptando la acción de tutela como mecanismo transitorio, antes de que el laudo fuera proferido. De manera general, la situación se configura por violaciones al debido proceso⁸⁹.

En el 2005 la Corte Constitucional anuló la primera decisión arbitral. En esta oportunidad la máxima jurisdicción anuló la decisión arbitral y la sentencia del Consejo de Estado⁹⁰ que había denegado el recurso de anulación contra el laudo, basado en la violación del debido proceso. La Corte consideró que con su decisión, el Consejo de Estado había violado derechos fundamentales⁹¹; esto, a pesar de que el Consejo de Estado tiene la misma jerarquía que la Corte Constitucional en Colombia⁹².

Ante estas decisiones contradictorias de las altas Cortes, la Corte Constitucional, por medio de Sentencia de Unificación, se pronunció en el año 2007 en el sentido de que, si bien en principio, la tutela no procede contra los laudos arbitrales, podría proceder si se incurren en vías

de hecho que vulneren un derecho fundamental⁹³. Esta afirmación fue confirmada por la Corte Constitucional en el año 2008⁹⁴, 2009⁹⁵, 2010⁹⁶ y 2011 en donde se aceptó la procedencia, aunque de manera excepcional, de la acción de tutela contra los laudos arbitrales.

Así por ejemplo la alta Corte anuló un laudo arbitral mediante sentencia T-466 de 2011 ya que los árbitros:

(i) Ignoraron el carácter inequívoco de las conclusiones del primer dictamen pericial en cuanto a la falta de confiabilidad de la contabilidad del sistema como fundamento para el cálculo de las pérdidas operativas;

(ii) fundamentaron su decisión única y exclusivamente en el anexo 1.1. de la aclaración del primer dictamen pericial, a pesar de que aquel señalaba de manera textual que las cifras allí consignadas no podían tenerse como confiables; (iii) inadvirtieron que los cuestionamientos realizados a dicha prueba en lo relativo al carácter impreciso de la estimación de las pérdidas nunca fueron abordados, ni siquiera tangencialmente, por la pericia decretada para resolver la objeción por error grave planteada y (iv) no consideraron aquellas otras pruebas que corroboraban la falta de confiabilidad del sistema de acueducto⁹⁷.

Además de esto agregó que la procedencia de la solicitud de amparo está subordinada a:

(i) El agotamiento de los recursos previstos en la ley para atacar la decisión arbitral y (ii) la configuración de una vía de hecho, al verificarse la existencia de un actuar manifiestamente caprichoso e irrazonable por parte de los árbitros, encausado en cualquiera de los defectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional anteriormente reseñados⁹⁸.

Se requiere entonces de la configuración de una vía de hecho que viole un derecho

88 Consejo de Estado. SCA. Sección tercera. Primero de agosto de 2002. *Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorío S.A. E.S.P.*

89 Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002.

90 Consejo de Estado. SCA. Sección tercera. 11 de marzo de 2004.

91 Corte Constitucional. Sentencia T-481 del 11 de mayo de 2005. Exp. T-980611. Sin embargo, esta decisión fue revocada mediante Sentencia de la misma Corte Constitucional SU-174 de 2007

92 ZULETA LONDOÑO, Alberto. *La protección constitucional del arbitraje. EN: Arbitraje Internacional – Tensiones Actuales. Fernando Mantilla-Serrano. Legis. 2007*

93 Corte Constitucional SU-174 de 2007.

94 Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2008.

95 Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009.

96 Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2010. Ver igualmente: Consejo de Estado. Sección cuarta. Febrero 4 de 2010.

97 Corte Constitucional. Sentencia T-466 de 2011.

98 Ibid.

fundamental. Se dice que el recurso de anulación sirve como mecanismo para proteger y corregir los vicios y defectos procesales del laudo. La acción de tutela serviría en caso de violación grave al derecho sustantivo.

4.4.3 La relación entre el recurso de anulación y la acción de tutela

En el año 2002 la Corte Constitucional indicó que la acción de tutela solo procede cuando se han hecho uso de los recursos provistos por el ordenamiento jurídico para controlar los laudos y cuando, a pesar de ello, subsiste una vulneración a un derecho fundamental⁹⁹. La vía de hecho se configura ante la existencia de un error enorme y manifiesto del juzgador, ya sea juez nacional o árbitro. Se aplica un criterio de razonabilidad de la decisión del tribunal arbitral, si la decisión ha sido tomada completamente por fuera del procedimiento legal o convencional se configuraría la vía de hecho¹⁰⁰. Algunos ejemplos que se han desarrollado en la práctica son la indebida apreciación del acervo probatorio, la violación al debido proceso o la aplicación manifiestamente equivocada de la ley.

Una de las preguntas que se han planteado tiene que ver con la procedibilidad de la acción de tutela en caso que todavía se pueda ejercer, o se encuentre en curso, el recurso de anulación o el de revisión del laudo arbitral. Las altas cortes han cambiado de posición una y otra vez.

Se encuentra así un conjunto de decisiones en donde se dice claramente que la acción de tutela solo es procedente si ya se ejercieron los recursos previstos en la ley contra el laudo arbitral y la vulneración al derecho sigue existiendo¹⁰¹. Como consecuencia la acción de tutela es una acción residual y subsidiaria, que solo debe proceder cuando no existen otros medios para proteger el derecho vulnerado¹⁰².

Sin embargo, se encuentra otro grupo de decisiones en donde se dice que la acción de tutela procede sin necesidad de agotar previamente

los recursos existentes, en el caso de que el vicio invocado no se encuentre en las causales taxativas disponibles para los recursos de anulación o de revisión¹⁰³.

La Corte Constitucional señaló en el 2009 que:

En todo caso, es preciso anotar que en virtud de los artículos 8 y 9 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela puede ser presentada de manera simultánea con otras acciones administrativas o judiciales, pues la finalidad y alcance de estas acciones son diferentes, los fundamentos de las mismas no necesariamente guardan relación entre sí y los jueces de conocimiento tienen competencias y facultades precisas para decidir cada una de ellas. Así la cosas, se entiende que la interposición de la acción de tutela de manera simultánea con la presentación una acción o recurso, por si sola no hace improcedente la solicitud de amparo constitucional¹⁰⁴.

Al existir vulneraciones graves al debido proceso, no alegables por medio del recurso de revisión o de anulación, al ser sus causales taxativas, se permitiría el uso de la acción de tutela de manera simultánea con la del recurso de anulación o revisión.

Esto implicaría igualmente que, en principio, si el recurso de revisión o de anulación se encuentra en curso, y se alega por medio de la tutela una causal que encaja dentro de algunos de los recursos mencionados, no procedería la acción. Lo cual no impediría su utilización una vez agotados y decididos los recursos pertinentes, si se considera que la vulneración aún existe.

Así como resulta un poco extraño para los juristas internacionales el conocer los grandes poderes que ostenta la Corte Constitucional en nuestro país, para los juristas nacionales también resulta preocupante y en ocasiones totalmente frustrante el observar que la Corte maneja a su antojo la Carta de derechos para justificar sus decisiones sobre la base de principios que solo ellos se encargan de alimentar¹⁰⁵. En Sentencia

99 Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002.

100 Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2010.

101 Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2005.

102 Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 1998. Ver igualmente: Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002 y T-244 de 2007.

103 Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2004, SU-174 de 2007 y T-058 de 2009.

104 Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009.

105 MANTILLA, Fabricio & ONATE ACOSTA, Tatiana. La "dignidad" de la Corte Constitucional. 2013. Inédito.

T-225 del 2010, la Corte dijo que por medio de la tutela no solo se podía controlar los laudos arbitrales sino también la providencia que resuelve un recurso de anulación contra un laudo arbitral¹⁰⁶.

En el año 2013 la Corte Constitucional tomó otra decisión aún más sorprendente, y que puede tener unas consecuencias nefastas para el arbitraje, al confirmar la decisión del Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá de tutelar el derecho fundamental al debido proceso, dejando sin efecto las actuaciones del tribunal de arbitramento por falta de competencia¹⁰⁷.

En el año 2012 se presentó una acción de tutela con el fin de proteger el derecho fundamental del debido proceso, presuntamente vulnerado por un tribunal arbitral en un litigio en la Cámara de Comercio de Bogotá. El principal argumento giraba en torno a la falta de competencia del tribunal para conocer del asunto al existir un acta de conciliación anterior entre las partes, anterior a la declaratoria de competencia del tribunal, que había hecho tránsito a cosa juzgada y que dirimía el conflicto.

El accionante indicó que no contaba con otro medio de defensa puesto que la existencia de la cosa juzgada no es una causal de anulación del laudo. Hay que tener en cuenta que lo que se atacaba por medio de la acción de tutela, seis meses después del pronunciamiento, era el acto de declaración de competencia del tribunal arbitral.

El laudo no había sido todavía proferido así que no se conocía la decisión del tribunal respecto de la excepción de cosa juzgada y, después de proferido el laudo, todavía estaría disponible el recurso de anulación y, eventualmente, el de revisión contra el laudo. Como se recalcó antes en este escrito, la tutela es un recurso subsidiario en donde la inmediatez juega un papel imprescindible.

Sin embargo, el hecho de que la tutela fuera interpuesta seis meses después de la declaratoria de competencia desvirtúa el peligro inminente al derecho fundamental alegado; esto sin olvidar

que aún no se tenía un pronunciamiento del tribunal arbitral y que el carácter subsidiario de la acción de tutela no se cumpliría, dada la existencia de otros recursos contra un eventual laudo desfavorable en contra del accionante en tutela.

Empero, según las mismas consideraciones de la Corte, el caso no encajaba en ninguna de las causales eventuales del recurso de anulación, razón por la cual el único medio idóneo restante para proteger el derecho al debido proceso era la tutela. Que la tutela se presentará seis meses después tampoco pareció haber sido considerado por el juez constitucional.

Esta decisión constituye una vulneración al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria. En efecto, los árbitros están habilitados para pronunciarse en caso de existencia de una cláusula compromisoria sin importar si el contrato es inexistente, nulo o ineficaz. La cláusula compromisoria subsiste a pesar de que el contrato sufra de algún vicio.

El hecho de que la existencia del contrato se ponga en duda no impide que el tribunal arbitral se declare competente y en el futuro se pronuncie sobre las pretensiones de las partes.

Es así que la decisión del juez, la cual dejó sin efectos todo lo transcurrido después de la declaratoria de competencia, sobre el fundamento de que existía una conciliación anterior, implica no solo una revisión de fondo por parte de los jueces, lo cual estaría prohibido, sino una violación a los principios base del arbitraje.

Otro principio que se ve vulnerado es el de competencia-competencia que habilita a los árbitros a pronunciarse sobre su propia competencia. Si el juez de tutela puede juzgar, sobre el fundamento de la existencia de derechos fundamentales vulnerados, la pertinencia de la declaratoria de competencia del tribunal de arbitraje, existiría un control posterior creado por jurisprudencia que no se encuentra en la Ley, y esto a pesar de que existen medios legales para atacar las decisiones de los árbitros contemplados antes y después de la Ley 1563 de 2012.

La sentencia T-288 recuerda lo que considera son los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela:

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2010.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013. Mayo 20 de 2013. Salvamento de voto de Magistrado Luis Ernesto Vargas.

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional... b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable... c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración... d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora... e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible... f. Que no se trate de sentencias de tutela¹⁰⁸.

De la misma manera la alta Corte recuerda los requisitos especiales de procedibilidad excepcional de la acción de tutela:

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales [25] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una

ley limitando sustancialmente dicho alcance...h Violación directa de la Constitución¹⁰⁹.

La decisión en el seno de la Corte no fue unánime y se encuentra un salvamento de voto del Dr. Luis Ernesto Vargas, en donde señala que la acción debió ser declarada improcedente al existir otros recursos ordinarios contra la decisión de los árbitros.

Asimismo, señaló que el accionante no había logrado probar la existencia de un perjuicio irremediable que *“tornara procedente de forma transitoria la acción de tutela”*. Añade que tal y como se esperaba, durante el trámite de impugnación de la acción de tutela el tribunal profirió un laudo que fue atacado por recurso de anulación. Que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá hubiera aceptado el recurso de anulación demostraba que existían otros recursos viables para atacar la decisión del tribunal. El problema radicó en que el Tribunal Superior de Bogotá no se pudo pronunciar sobre el recurso de anulación, dado que la decisión constitucional había dejado sin efectos todas las actuaciones arbitrales con posterioridad a la declaratoria de competencia.

La acción de tutela contra laudos arbitrales había sido aceptada desde antes de la sentencia T-288 de 2013, sin embargo, las implicaciones de esta última decisión parecían ser mucho más graves. Antes la tutela se aceptaba de manera muy excepcional, a partir de esa sentencia se abren las puertas para que los practicantes empiecen a intentar cada vez más la acción de tutela como medio idóneo de proteger los derechos de sus clientes. Si el alto Tribunal lo permite, ¿por qué los abogados no habrían de utilizarlo?

Ahora bien, no solo se vulnera el principio de competencia-competencia y el de la autonomía de la cláusula compromisoria, sino que el juez se toma la libertad de realizar un control sobre el fondo del laudo. En efecto, cuando el juez constitucional entra a determinar si la conciliación anterior a la conformación del tribunal es parcial o definitiva no está realizando un simple control de forma ni un control del “derecho fundamental del debido proceso”, en realidad está realizando una revisión de fondo.

108 Ibid.

109 Ibid.

Como si fuera poco “deja sin efectos” todas las actuaciones del tribunal aun antes de que este se haya pronunciado. El pretexto de que en el caso en concreto no se podía atacar el laudo a través de las causales disponibles en el recurso de anulación no es totalmente válido, es el abogado aquel que debe saber cómo encausar sus pretensiones, y en el caso de que tenga la astucia de intentar desviarse a través de la acción de tutela, debería ser el juez constitucional el encargado de regresarlo a su sitio, y no de incentivarlo a crear nuevas instancias de revisión de laudos arbitrales.

4.4 ¿La procedencia de la tutela en el arbitraje internacional?

Todos los casos anteriormente mencionados implican al arbitraje nacional en Colombia, ahora cabe preguntarse, ¿qué incidencia tienen sobre el arbitraje internacional? Para el Dr. Eduardo Zuleta en principio sería limitada¹¹⁰. La Ley 1563 de 2012 contiene los casos en los cuales se permite la intervención judicial en el arbitraje.

La ley arbitral contiene, en la sección tercera, sobre arbitraje internacional, los casos taxativos en que los jueces están autorizados a intervenir. El estatuto no excluye de manera expresa la tutela en el arbitraje internacional, lo cual es lamentable ya que no nos encontraríamos ante el eventual escenario de ver un laudo internacional anulado por una tutela.

Un sector de la doctrina considera que no se prohibió de manera expresa, dado que una ley no puede excluir un precepto de carácter constitucional, sin embargo, la forma en que está organizada la ley podría excluirla al no estar expresamente admitida para el arbitraje internacional. Adicionalmente, pueden desarrollarse otros argumentos en contra de la admisibilidad de la tutela en el arbitraje internacional en Colombia.

Uno de los fundamentos de procedibilidad de la acción de tutela en el arbitraje doméstico es el hecho de equiparar a los árbitros con las autoridades judiciales o públicas, sin embargo, un tribunal internacional con sede en Colombia no podría ser calificado de autoridad pública,

110 ZULETA, Eduardo. *La colaboración de los jueces en el arbitraje internacional. En : Estatuto arbitral colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Legis. 2013. Pp. 496 y ss.*

ni asumirse que dicta el laudo a nombre del Estado y que por esto se pueda generar una responsabilidad del Estado colombiano.

La competencia de los árbitros no sería una consecuencia de la ley colombiana, al dictar el laudo, este no se convierte en un laudo colombiano. Los árbitros internacionales no se encuentran sujetos al lugar de la sede del arbitraje y las partes son las que pactan cuál es el derecho aplicable a la disputa.

El arbitraje puede tener sede en Colombia, siendo que todos los otros puntos de contacto no tienen nada que ver con nuestro país. El artículo 79 y 107 de la Ley 1563 solo permite el recurso de anulación contra un laudo internacional, renunciante en los casos en que ninguna de las partes tenga su domicilio o residencia en Colombia.

A pesar de estas consideraciones, la Corte Constitucional ha demostrado no escatimar ningún esfuerzo para construir las teorías, sobre el fundamento de los derechos fundamentales y los principios constitucionales, que le sirvan para justificar las decisiones que toman, y esto sin importar que vaya en contra de las otras altas Cortes o que la ley no contenga lo que ellos quieren que contenga.

A pesar de esto seguimos encontrando decisiones sensatas que limiten el uso de la tutela, como la Sentencia del Consejo de Estado del 24 de enero de 2013¹¹¹, en donde se reafirma que el proceso arbitral es el lugar idóneo para resolver las disputas, y en donde se insiste que la cláusula compromisoria muestra la voluntad de las partes de resolver la controversia ante el tribunal arbitral y no ante los jueces ordinarios. Los recursos disponibles contra el laudo deben ser los medios idóneos para atacarlo y la tutela debe seguir siendo una herramienta verdaderamente excepcional, que debería ejercerse sólo después de agotados los recursos contra el laudo.

CONCLUSIÓN

El nuevo Estatuto arbitral mejoró el arbitraje nacional e internacional en Colombia, aunque no

111 Consejo de Estado. SCA. Sección segunda. Subsección B. Enero 24 de 2013. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01017-01(AC). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

logró llenar todos los vacíos legales. Un estudio de la embajada de Estados Unidos, anterior a la nueva Ley y dirigido a las empresas norteamericanas, muestra algunos de los peligros del arbitraje comercial internacional y de inversiones en Colombia¹¹².

Sin embargo, este estudio no toma en cuenta la Ley 1563 de 2012, en donde se separa los regímenes del arbitraje nacional e internacional para darle una mayor seguridad al arbitraje internacional e impulsar una nueva era en Colombia como sede del arbitraje en

Latinoamérica. De pronto hubiera sido mejor tener un régimen monista del arbitraje, pero la práctica en el país muestra que hay que atender y conservar las particularidades del arbitraje nacional.

Esto puede terminar jugando a favor del arbitraje internacional, desprendiéndose de los viejos enemigos que aquejan al arbitraje nacional. Solo el futuro del arbitraje internacional en Colombia demostrará si en realidad está tan protegido como se intentó en el nuevo Estatuto.

112 U.S. Embassy Bogotá-Colombia. An overview of arbitration in Colombia for U.S. Companies. Mayo 2011. Disponible en :http://export.gov/colombia/static/Report%20-%20Arbitration%20in%20Colombia%20-%20final%206-1-11_Latest_eg_co_033097.pdf

BIBLIOGRAFÍA

- CADARSO PALAU, Juan. Potestad de los Árbitros para decidir sobre su Competencia. En: Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2004.
- DE BOISSEISON, M. "Le droit français de l'arbitrage interne et international. GLN Joly Edition.
- DE JESUS O, Alfredo. La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina. Publicado en Estudios de derecho privado en Homenaje a Christian Larroumet. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel & GOLDMAN Berthold. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence, en Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 217, 1989.
- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel & GOLDMAN. On International Commercial Arbitration" La Haya, Kluwer law international. 1999 Nota 7.
- GOMEZ JENE, Miguel. El arbitraje internacional en la Unión Europea: La eficacia del laudo arbitral, Madrid, Editorial Colex, 2000.
- HENRY, M. Le devoir d'indépendance de l'arbitre. Editorial L.G.D.J, 2001.
- HOLTZMAN y NEUHAUS, A Guide to the UNCITRAL Model Law in Internacional Comercial Arbitration, Kluwer (1989).
- JIMENEZ FIGUERES, Dyalà Jimenez. Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcances y análisis comparativo. Arbitraje comercial y arbitraje de inversión.
- LARRAUMET Christian, (Dir.), Constitucionalización del Derecho Privado, Association Andrés Bello des juristes francolatino-américains - Universidad Externado de Colombia - Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- MANTILLA, Fabricio & ONATE ACOSTA Acosta, Tatiana. La "dignidad" de la Corte Constitucional. 2013. Inédito.
- ZULETA LONDOÑO, Alberto. La protección constitucional del arbitraje. EN : Arbitraje Internacional - Tensiones Actuales. Fernando Mantilla-Serrano. Legis. 2007.
- ZULETA, Eduardo. La colaboración de los jueces en el arbitraje internacional. En: Estatuto arbitral colombiano. Análisis y

aplicación de la Ley 1563 de 2012. Legis. 2013. Pp. 496 y ss.

ARTÍCULOS

- BERNAL GUTIERREZ Rafael, "El arbitraje internacional dentro del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia", XXXIII Congreso Colombiano de derecho procesal, Universidad libre de Colombia, páginas 280 y siguientes.
- CLAY, T. La disparition de l'obligation d'indépendance de l'arbitre au profit de l'obligation de révélation. REV. ARB. 2009.190.
- CONEJERO ROOS, Cristian. "La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: un análisis comparativo". Revista Chilena de Derecho, vol. 32, núm. 1, enero-abril, 2005, pp. 89-138, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- COUCHEZ G., Compare, as regards « référé provision », Corte de Casacion. Sala 2 Civil. , Marzo 20 de 1989. Danel v Sotiat Informatique, 1989 REV. ARB. 494.
- FOUCHARD, Philippe de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 18 de noviembre de 1987. Chambre arbitrale de París v. République de Guinée, 1988. Revista de arbitraje numero 657.
- GAILLARD, Emmanuel y DE LAPASSE Pierre, Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage, Cahiers de l'Arbitrage (2011) 2. pag. 263.
- GAILLARD, Emmanuel, Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international, 1990 REV. ARB. Especialmente en Pp. 761 y siguientes.
- GAILLARD, Emmanuel. L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine, Journal du Droit international, 125^e année (1998) No 3 - Juillet-Août-Septembre.
- JARRONSON Ch., PELLERIN, J. Le droit Français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011. REV. ARB. 2011. 5 especial , pag 16.
- MANTILLA-SERRANO Fernando. Panorama de jurisprudencia francesa (Capítulo francés del Club Español del Arbitraje): Comentario sobre la decisión de la Cour d'Appel (1^a Sala Civil) de 29 de junio de 2007 PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding, 3 Spain Arbitration Review, 106 (2008).
- MANTILLA SERRANO Fernando, Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la convención de Nueva York. Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. no.15 Bogotá July/Dec. 2009.
- VASQUEZ PALMA, Maria Fernanda. Comprensión del principio Competencia-Competencia y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 15, pp. 181-196. Diciembre 2010].
- VEEDER, VV, L'affaire du tunnel sous la manche et les mesures conservatoires, 1993 REV. ARB. 705.

Reglamentos y tratados internacionales.

- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006
- Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje en materia comercial
- Reglamento de arbitraje de la AFA
- Reglamento de la CCI 2012 sobre el arbitraje
- Convención de New York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras.
- Revistas especializadas
- Tribunal de « Grande instance » 15 de 1995, Industrial export v K. REV.ARB. número 503 de 1995. Nota de FOUCHARD, Philippe.
- Corte de apelaciones de París, 19 de diciembre de 1982. REV ARB, 1983. 181, nota de MOREAU, B.

- Corte de Casación. Sala primera civil, 20 de marzo de 1989, REV ARB., 1989. 494, 3 nota de COUCHEZ, G.
- Corte de Casación. Sala Civil 2, 29 de noviembre de 1989 y 6 de marzo de 1990. 633, nota GAUDEMMENT-TALLON GH.
- Corte de apelaciones de París, 30 de enero 1992 y Corte de apelaciones de Versalles, 22 de mayo de 1992, REV ARB 1992.666, obs. MOIRTRY J-H.
- Corte de apelaciones de París 7 octubre de 2004, JCP G 2005. II. 10071, nota de JACQUET J.M.
- Corte de apelaciones de Rennes, 26 de octubre de 1984, REV. ARB. 1985. Pagina 439.
- Casación civil 1, 7 de enero de 1992, Rev, arb., 1992 471, nota BELLET, P.; JDI, 1992. 707. Nota JARRONSON, Ch.
- Casación Civil, Sala primera, 23 de marzo de 1994, REV. ARB. 1994.327, nota JARRONSON Ch; Rev. Crit. DIP., 1995. 956, nota OPPETIT B.; JDI, 1994. 701.
- Société Pabalk Ticaret Ltd. Sirketi v. Société Norsolor. Corte de Casación de París (9 de octubre, 1984), 2 Journal of International Arbitration, 67. XI Yearbook of Commercial Arbitration, YBCA, 484 (1986). 24 International Legal Materials, ILM, 360 (1985).
- PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding. Nos. 05-18053 y 06-13293, Corte de Casación (29 de junio, 2007). I Bulletin Civil, 250, 251. Revue de l'Arbitrage, 507 (2007).
- Textos legales
- Decreto nº 2011-48 del 13 de enero del 2011 sobre la reforma del arbitraje, JO, 14 enero 2011
- Código de procedimiento civil francés.
- Ley 1563 de 2012
- Ministerio del interior y de la Justicia. República de Colombia. Congreso de la República. Proyecto de ley de 2011
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Jurisprudencia Francesa
- Corte de Casación. Primera sala civil. 14 de noviembre de 2007 nº06/21.629.
- Corte de Apelaciones de Paris, 6 febrero de 1991, Groupe Courtand c/ Société Beam Morin, inédito.
- Corte de Casación. Primera sala civil, 1 de febrero de 2007, BICC N 663, de 15 junio de 2007.
- Corte de Apelaciones de Paris, Pôle 2, Primera sala, 1er de marzo de 2011, nº 09/22701
- Corte de Apelaciones de Paris. Primera sala, sect C. Nov 1977, nº 96/82828.
- Corte de apelaciones de Paris. Primera sala, sect, 10 avr. 2008, nº 06/15636
- Corte de Casación. Primera sala civil. Arrêt nº 962 del 20 de octubre 2010, nº 09/68.131.
- Corte de Casación. Primera sala civil. Arrêt nº 963 del 20 de octubre 2010 nº 09/68.997
- Corte de apelaciones de Paris, pôle 1, Ch 1, 10 de marzo de 2011 RG nº 09/21413
- Corte de Casación, 8 de julio de 2009, "Soemi c/ société Air Sea Broker Ltd".
- Corte de Casacion, 9 de marzo de 2011, Société Chantiers de l'Atlantique (CAT) /Société Gaz Transport et Tecnigaz (GTT).
- Jurisprudencia Colombiana
- Corte Constitucional. Sentencia T-288/2013
- Corte Constitucional, Sentencia de C-431/95 de 1998
- Consejo de Estado. SCA. Sección tercera. Primero de agosto de 2002. Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. contra Termorio S.A. E.S.P.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002.
- Consejo de Estado. SCA. Sección tercera. 11 de marzo de 2004.
- Corte Constitucional. Sentencia T-481

- del 11 de mayo de 2005. Exp. T-980611. Sin embargo, esta decisión fue revocada mediante Sentencia de la misma Corte Constitucional SU-174 de 2007.
- Corte Constitucional SU-174 de 2007.
 - Corte Constitucional. Sentencia C-378 de 2008.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-058 de 2009.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2010.
 - Consejo de Estado. Sección cuarta. Febrero 4 de 2010.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-466 de 2011.
 - Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 2010.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-839 de 2005.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-608 de 1998.
 - Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002 y T-244 de 2007.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-920 de 2004, SU-174 de 2007 y T-058 de 2009.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-225 de 2010.
 - Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 2013. Mayo 20 de 2013. Salvamento de voto de Magistrado Luis Ernesto Vargas.
 - Consejo de Estado. SCA. Sección segunda. Subsección B. Enero 24 de 2013. Radicación número: 25000-23-42-000-2012-01017-01(AC). C.P. Gerardo Arenas Monsalve.
 - Artículos internet
 - ROQUE J CAIVANO, Retos del arbitraje frente a la administración de justicia, disponible en: http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol5/DIA-1-2.pdf.
 - **Reportes y estadísticas**
 - 1. CCI, Reporte estadístico, 14 (1) ICC. Ct. Boletín, 7, 11 (2003) – Reporte estadístico-2006, 18 (1) ICC. Bull. 5, 9 (2007).
 - 2. U.S. Embassy Bogotá-Colombia. An overview of arbitration in Colombia for U.S. Companies. Mayo 2011.

**EL BICITAXISMO EN BOGOTÁ: APROXIMACIONES
A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL CONTRATO
DE TRANSPORTE, A PARTIR DE UNA CUESTIÓN
PRÁCTICA***

**RICKSHAW IN BOGOTA: APPROXIMATION
FROM A PRACTICAL MATTER TO THE
CONSTITUTIONALIZATION OF THE
TRANSPORTATION CONTRACT**

**O BICITAXISMO EM BOGOTÁ: ABORDAGENS
PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO
CONTRATO DE TRANSPORTE, DESDE UMA
QUESTÃO PRÁTICA**

Luz Mary Rincón Romero^a
luzmaryrinconromero@yahoo.es
Fecha de recepción: 23 de Mayo 2014
Fecha de revisión: 21 de Julio 2014
Fecha de aceptación: 25 de Julio 2014

RESUMEN

Con la entrada en vigencia del paradigma de la democracia constitucional, la Constitución ha venido a entenderse como un “sistema de reglas, sustanciales y formales”¹ dirigida a todos los centros de poder, cuyo principal objetivo es establecer un límite a la forma como este se ejercita. Como consecuencia de lo anterior, incluso las relaciones entre los particulares deben dirigirse teniendo como margen de desarrollo los derechos fundamentales, esencia y sustrato de todo Estado que se aprecie de denominarse “social de Derecho”. Por ello, si se atiende a que esas relaciones se desarrollan normalmente a través de los contratos, habrá que llevar la mirada hacia los mismos, para contribuir en la comprensión constitucional de los diversos tipos negociales.

** Artículo de reflexión*

a. Luz Mary Rincón, abogada, Universidad Libre de Colombia; especialista en Derecho Contractual y Tributario, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; magíster en Derecho Penal y Criminología; catedrática, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Correo electrónico: luzmaryrincon@yahoo.es, teléfono: 316-6284615.

1 FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Edición de Miguel Carbonell. Pág. 32. Editorial Trotta. Madrid, 2008.

MISIÓN JURÍDICA
Revista de Derecho y Ciencias Sociales
Bogotá, D.C. (Colombia)
Colaboradores Externos Internacionales
Núm. 7, Año 2014
enero-diciembre, pp. 287-305.
ISSN 1794-600X

Es precisamente bajo los lineamientos del objetivo referido que se orienta el presente artículo. Se somete a estudio el contrato de transporte, concretándose su análisis en los conceptos que la doctrina, la ley y la jurisprudencia han brindado de él, específicamente en su modalidad de transporte terrestre.

PALABRAS CLAVES

“Bicitaxi”, Contrato, Transporte, Responsabilidad Civil, Derechos Fundamentales, Constitución.

ABSTRACT

With the entry into force of the paradigm of Constitutional Democracy, the Constitution should be understood as a “system of rules, substantive and formal” addressed to all centers of power and which its main objective is to establish a limit on how this is put into practice. Therefore it is clear that even the relationships between individuals should be managed under the frame of development, taking Fundamental Rights that are the essence of any State under the “Rule of Law”. These relationships are usually developed through contracts then, on this article, we will take a closer look on them to help in the constitutional understanding of the various negotiable types.

It is precisely the target under the previously referred guidelines where this article aims. To study the transportation contracts materializing this analysis on the concept that doctrine, law and jurisprudence has provided for it, specifically in land transportation mode.

KEYWORDS

“Rickshaw”, Transportation Contract, Civil Liability, Fundamental Rights, Constitution.

RESUMO

Com a entrada em vigor do paradigma da democracia constitucional, a Constituição passou a ser entendida como um “sistema de regras, materiais e formais”, destinada à todos os centros de poder, cujo principal objetivo é estabelecer um limite para quanto é exercido. Como resultado do exposto acima, incluindo as relações entre os indivíduos devem ser tratados como tendo possibilidades de desenvolvimento os direitos fundamentais, a essência

eo substrato de qualquer Estado a ser chamado de “Social de Direito”. Portanto, se essas relações são normalmente desenvolvidas por meio de contratos, temos de olhar para trazê-los a contribuir para a compreensão desde a Constituição dos diferentes tipos negociáveis.

É precisamente sob as diretrizes desse objetivo que o presente artigo é dirigido. O contrato de transporte e estudado, especificando a sua análise sobre os conceitos que a doutrina, legislação e jurisprudência forneceram, especificamente sob a forma de transporte terrestre.

PALAVRAS-CHAVE

“Bicitaxi”, contrato, transporte, responsabilidade civil, direitos fundamentais, Constituição.

INTRODUCCIÓN

El incremento demográfico, el aumento de la población y el crecimiento del perímetro urbano (atado al desarrollo de las ciudades como consecuencia de fenómenos como el desplazamiento, la industrialización y la globalización), definen las variaciones con tendencia al alza que ha tenido la demanda del transporte urbano en la ciudad de Bogotá y, en general, en las ciudades capitales y principales de los países en vía de desarrollo.

No obstante los diversos esfuerzos hechos por los gobiernos - tanto nacionales como locales -, por facilitar la movilidad en las ciudades y garantizar, para el caso colombiano, lo expuesto en el artículo 24 de la Constitución, referente a la libertad de locomoción y domicilio, éstos no han sido suficientes; por el contrario, la situación de movilidad viene en deterioro, ocasionando congestión vehicular y malestar por parte de la población. La desesperación se incrementa ante la situación de incomodidad en los sistemas de transporte masivo, como los metros y vehículos articulados y biarticulados. Aunado a lo anterior, están las dificultades de acceso de los habitantes al sistema público de transporte, como consecuencia del deterioro en la malla vial o la falta de pavimentación, como ocurre en algunas áreas de la ciudad de Bogotá, lo que impide el ingreso de los vehículos para el transporte, desde las grandes terminales o estaciones, hasta los lugares de residencia.

Por esta situación, y buscando facilitar el desplazamiento de los ciudadanos hacia sus

domicilios o hacia los portales del sistema de transporte masivo “Transmilenio”, en Bogotá se han venido desarrollando medios de transporte no convencionales, que muchas veces escapan a la regulación que se encuentra en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto crea incertidumbre acerca de cuál es el tratamiento que se le debe dar a este servicio, los principios que lo regulan, los mecanismos para dirimir controversias en torno a problemáticas surgidas por el uso y operación de estos medios y, especialmente, acerca de cuestiones jurídicas tan importantes como la naturaleza jurídica del acuerdo que celebran usuario y conductor. Por lo tanto es necesario preguntarse sobre la existencia, o no, de un contrato de transporte, el tipo de responsabilidad que se derivaría con ocasión de los daños que un “pasajero” de este medio pueda llegar a recibir en desarrollo del contrato de transporte celebrado, la posibilidad del aseguramiento de dicha actividad, y su control, vigilancia y restricción por parte del Estado; por encontrarse en discusión la seguridad de las personas que son transportadas por estos medios de transporte.

Uno de los medios de transporte no convencionales a los que se hace referencia, y de mayor uso por parte de los ciudadanos de Bogotá, es el “bicitaxi” o “tricimóvil”, este último definido por la ley 769 del 06 de agosto de 2002-Código Nacional Terrestre, como: “Vehículo no motorizado de 3 ruedas, accionado con el esfuerzo del conductor, por medio de pedales”²; la doctrina lo define como “un vehículo para el transporte especializado de pasajeros, constituido bajo el principio de la bicicleta, accionado con tracción humana, con una capacidad de traslado de dos pasajeros adultos sentados y su conductor (...), proviene del japonés *jinrikisha*, un cochecito ligero, de dos ruedas, abierto o cerrado, pero arrastrado por una persona, que va a pie o en una especie de bicicleta”³.

Si bien tal medio no es una innovación propia de Bogotá, pues es empleado en ciudades de la importancia y desarrollo como Barcelona, Berlín, Múnich, Copenhague, Londres y Washington, la situación jurídica que se presenta en torno a él,

sí es especial y problemática, pues, a pesar de su importancia para la movilidad y transporte de la ciudad, esta actividad no se encuentra regulada y, hasta hace tres (3) años, se encontraba, prácticamente, proscrita por el ordenamiento jurídico.

La laguna o vacío jurídico existente ha tenido dos causas que merecen ser referidas: la decidía e indiferencia de la administración distrital para regular este medio de transporte y las diversas disputas hermenéuticas existentes respecto de la admisibilidad, o no, de esta forma de transporte terrestre. Respecto de la primera, la Secretaria de Movilidad ha declarado en diversas ocasiones, ante los medios de comunicación, que cuestiones de seguridad, de orden público, de garantía de los derechos de los pasajeros y de los propios conductores y, especialmente, de incompetencia jurídica, llevan a que la Administración Distrital no pueda expedir un acto administrativo que regule la materia, pues tal función le es inherente al Ministerio de Transporte⁴.

Por otra parte, está la discusión interpretativa en torno a dos interrogantes: en primer lugar, si es válido, a la luz del ordenamiento jurídico, el transporte terrestre por medios no motorizados, como lo son los “tricimóviles” y, en segundo lugar, cuál es la autoridad gubernamental llamada a reglamentar esta actividad; que fuera de cualquier discusión, es un servicio público.

Es en estos dos últimos tópicos, sobre los cuales se extenderá la temática del presente artículo; se pretende, a partir de la descripción de la normatividad que versa sobre la materia, como la ley 105 de 1993, con la cual se dictan disposiciones básicas sobre transporte y se reglamenta la planeación en el sector del transporte; la ley 336 de 1996, por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte; la ley 769 de 2002, por la cual se expide el código nacional de tránsito, y la ley 1383 de 2010, la cual reformó el código de tránsito, dirimir la controversia en la discusión sobre si esta forma de transporte está prohibida o no. Para ello la sentencia C-981 de 2010, proferida por la Corte Constitucional, es un valioso aporte práctico para soportar la conclusión de este trabajo; la cual será

2 Artículo 2 Ley 769 de 2002 “Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”

3 CONCEJO DE BOGOTÁ, Proyecto de Acuerdo No. 396 de 2007 “Por el cual se dictan disposiciones relativas a la actividad de los tricimóviles con respecto al tránsito dentro del Distrito Capital”.

4 Entrevista a la Subsecretaria de Servicios de Movilidad, Ángela Arenas. Recuperado el 30 de septiembre de 2013 de: <http://eltiempo.com/media/produccion/bicitaxis/index.html>

determinar los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en la relación bicitaxista – Estado - usuario y analizar el contrato de transporte como servicio público y como relación de derecho privado.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El margen de delimitación teórica del presente trabajo, está dado por la respuesta a una pregunta principal y tres auxiliares. En cuanto a la primera, el planteamiento fue el siguiente:

1. *¿Debe regularse el contrato de transporte terrestre, a través de bicitaxis, para garantizar los derechos fundamentales de usuarios y de conductores, en la ciudad de Bogotá?*

Y respecto de las denominadas auxiliares, su esquematización investigativa, fue:

A. *¿Es el acuerdo de voluntades, entre una persona que hace uso de los servicios de un “bicitaxi” y el conductor de esté un contrato de transporte terrestre, válido y eficaz?*

B. *¿Cuál es la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil generada como consecuencia de los daños ocasionados a un usuario, en desarrollo de las actividades del bicitaxismo?*

C. *¿Qué derechos fundamentales de los conductores y propietarios de bicitaxis se encuentran en peligro de ser vulnerados, al no existir normatividad que regule el transporte, a través de estos medios no motorizados?*

METODOLOGÍA

La metodología utilizada está guiada por los planteamientos de la investigación cualitativa, por cuanto se conceptualiza a partir de una realidad social, observando los fenómenos que se presentan, ante la ausencia de una norma que regule la situación examinada; se busca fundamentar la teoría de llegada, a partir de datos empíricos, entrecruzados con planteamientos doctrinales, legales y jurisprudenciales. Respecto del tipo de investigación, es de carácter socio-jurídico, partiendo de una problemática surgida en la ley y reflejada en su ámbito de aplicación; se busca plantear una solución que

impacte favorablemente a la población objeto de estudio, así como al ordenamiento jurídico. Finalmente, la forma de esta investigación es exploratoria, descriptiva y documental; lo primero, por la ausencia de estado del arte o antecedentes investigativos en cuanto al objeto de investigación y su entorno; lo segundo, por relatar analíticamente un conjunto de hechos sociales y jurídicos que, interpolados, estructuran el problema de investigación y, por último, es documental, por remitirse a las diversas fuentes del derecho, para hallar el asidero de la solución propuesta.

1. CONTRATO DE TRANSPORTE

Se puede afirmar que el contrato de transporte es un convenio por el cual, una persona llamada transportador o transportista se obliga, a cambio de un precio, que se denomina flete o porte, a conducir de un lugar a otro, personas o cosas⁵. Es menester decir, que esta es una definición muy genérica de lo que es el contrato de transporte, ya que solo se limita a dar un concepto en sentido amplio, sin discriminar la forma de transporte; pudiendo ser aéreo, terrestre o marítimo.

El artículo 981 del Código de Comercio, brinda un concepto de lo que es el contrato de transporte, definiéndolo de esta manera; “El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar estas al destinatario”.

Como se puede ver, aquella persona que asume esta obligación, contrae una prestación de hacer, debiendo realizar el traslado de un lugar a otro de personas o cosas. Como lo expresa el profesor Arrubla Paucar, este desplazamiento es de contenido material y no jurídico, pues en el transporte de personas, no se traslada ni posesión ni propiedad; sin embargo, existen tratadistas que, además, le han dado el carácter de obligación de resultado, debido que el deber que tiene el transportador o porteador, es el de conducir y entregar.

⁵ ARRUBLA PAUCAR, Jaime, *Contratos Mercantiles tomo II, Medellín, 12ª Ed. Edit. DIKE 2008.*

En este punto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil de 1º de Junio de 2005, se ha expresado de la siguiente manera:

“Tiene definido la jurisprudencia que, en verdad, la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal, que solo podría eximirse de ello, demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que depende de lo que se ha denominado una “causa extraña”⁶.

El tratamiento expresado por la Corte y por el cual se ha definido la obligación del transportador como una obligación de resultado, es clara, precisa y se ajusta a los lineamientos legales plasmados por el legislador, en su potestad de configuración legislativa; por ende, esta investigación acoge la tesis de la Corte, entendiendo que todo transportador tiene a su cargo una obligación de resultado y, por lo tanto, debe responder por esta, más allá del tipo o forma en la cual se ejecute la obligación.

Por otra parte, en sentencia del 30 de Noviembre de 2004, la Corte se pronunció acerca del concepto de contrato de transporte, los elementos que lo integran y las partes que en su celebración concurren: “De conformidad con lo que dispone el artículo 981 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1º del Decreto 01 de 1990, el transporte mercantil es un contrato por virtud del cual una de las partes, llamada transportador, transportista o porteador, se obliga con la otra, a cambio de un precio denominado flete o porte, a conducir de un lugar a otro, por el medio determinado y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar estas al destinatario.”⁷

El Código de Comercio, ha dejado un amplio margen de configuración y de intervencionismo por parte del Estado, para que este regule la relación y el contrato de transporte; igualmente, para que fije las características de las empresas de servicio público y reglamente su creación y funcionamiento. El artículo 997, modificado por el Decreto 01 de 1990, en su artículo 13, fijó que será

el Gobierno quien reglamente el funcionamiento de las empresas de transporte, terminales, centros de información y distribución de transporte, especialmente en cuanto a la seguridad de los pasajeros y la carga, la higiene y la seguridad de los vehículos, naves, aeronaves, puertos, estaciones, bodegas y demás instalaciones, y en cuanto a las tarifas, horarios, itinerarios y reglamentos de las empresas. Así mismo establecerá la escala de sanciones por la violación de normas legales y reglamentarias.

1.1 Clases de transporte

Para clasificar el contrato de transporte, se pueden atender a diferentes criterios:

1. *Podemos referirnos al modo de transporte como terrestre⁸, aéreo⁹ o marítimo¹⁰; es de importancia esta clasificación, ya que el tratamiento legal dado en Colombia es diferente para cada uno de estos medios.*

2. *Mirando a lo que se debe transportar, se clasifica en personas o cosas.*

3. *Existe el transporte individual, cuando interviene un solo transportador y pluripersonal, cuando intervienen varias personas, ya sea en el traslado de cosas o de personas.*

4. *También se tiene que el transporte puede ser nacional o internacional, dependiendo del área territorial que comprende.*

1.2 Naturaleza jurídica del contrato de transporte

El contrato bajo comento tiene una naturaleza jurídica propia y autónoma; significa que es una figura con características individuales, que hace que se distinga de otras instituciones y tipos contractuales; se quiere expresar con ello, que esas características hacen que su relevancia en el ordenamiento no pueda ser sustituida por otro negocio jurídico, sin que con ello deje de

6 Sentencia de Casación Civil de 1º de Junio de 2005.

7 M.P. Jaime Arrubla Paucar. Sentencia -210-2004

8 Ley 796 de 2002 “Por la cual se expide el código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones”

9 Ley 105 de 1993 “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”

10 Decreto 410 de 1971 “Por la cual se expide el código de comercio”

desatenderse una necesidad que se satisface a través de un servicio público, como lo es el transporte con el cual se logra el cumplimiento de fines, como la movilidad, la libertad de acceso y la libertad de circulación, de todos los habitantes en el territorio nacional.

Por lo anterior, el contrato de transporte se concibe como un contrato *sui generis*, con una obligación de resultado, consagrada en el Código Civil; el resultado consiste en el traslado incólume de personas o cosas de un lugar a otro. Por esta razón, el riesgo de la actividad pesa sobre el transportista o porteador; el riesgo se materializa cuando no llegan las personas o cosas a su lugar de destino, o cuando llegan tardíamente.¹¹

1.3 Características

La naturaleza jurídica de la cual se ha hecho referencia, se vislumbra a través de las características propias del contrato de transporte, siendo éstas la de ser: consensual, bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, nominado y típico¹²; la mencionada clasificación ha sido identificada por la doctrina, cuyo mayor representante es el ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Jaime Arrubla Paucar; sin embargo, hay teóricos que manejan una clasificación diferente o que tienen algunas divergencias en cuanto a este tema, ya que algunos incorporan características como la de ser un contrato principal y de libre discusión. Así mismo, genera controversia si tal contrato es de ejecución o tracto sucesivo, o si es un contrato con obligaciones de ejecución instantánea.

A continuación se hará una breve referencia y explicación de cada una de estas características:

CONSENSUAL: El contrato de transporte se perfecciona por el simple acuerdo entre las partes; así lo menciona el artículo 981 de la legislación mercantil. Por lo tanto desde el instante en que las partes expresan la voluntad, esto es, el querer de obligarse mutuamente, el negocio jurídico produce todos sus efectos.

En la jurisprudencia de la Corte, se ha reiterado el carácter consensual del contrato, así: “Tratándose de un contrato eminentemente consensual, se perfecciona con el acuerdo de

¹¹ *Op. Cit.*

¹² *Ibid.*

voluntades de las partes contratantes, pudiendo probarse por cualquiera de los medios legales”¹³

BILATERAL: Esto quiere decir, que ambas partes se obligan. El transportador a llevar de un lado a otro las cosas o las personas, y el pasajero o remitente a pagar el precio.

ONEROSO: La onerosidad se infiere de la lectura del artículo 981 del decreto 410 de 1971, según el cual una de las partes se obliga a pagar determinado precio o porte por el transporte de cosas o personas, de un lugar determinado a otro. Así mismo, el contrato genera un beneficio mutuo para las partes intervinientes: lucro, o ganancia que se mira como equivalente; por lo cual, de esta característica, también se desprende la conmutatividad del contrato.

DE TRACTO SUCESIVO: Para una parte de la doctrina el contrato de transporte es de ejecución sucesiva, porque es un contrato de duración donde las partes, no pueden despedirse de la obligación en el mismo momento en que esta se perfecciona o, en otras palabras, es de ejecución sucesiva o prestación continuada, por contener una prestación “consistente en varios actos, un conjunto o serie de actos, homogéneos, que no han de ser ejecutados, ni pueden serlo, unitariamente, sino diseminados en el tiempo, y que, por lo mismo, están llamados a prolongarse indefinidamente o a proyectarse en un determinado periodo (qui tempus successivum habent)”¹⁴

En contraposición a esta tesis, se encuentran quienes consideran la obligación surgida del transporte como un deber jurídico de ejecución instantánea, afirmando que, aun cuando la ejecución de la prestación se puede prolongar en el tiempo, no por eso desaparece su carácter de instantáneo.¹⁵ “Instantánea, por excelencia, es aquella en que, siendo el objeto unitario o tomándosele como tal, se ha de ejecutar una sola oportunidad y un solo acto. Sirvan los ejemplos

¹³ M.P José Fernando Ramírez Gómez. Sentencia 033 del 25 de Marzo de 2003.

¹⁴ HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes*. Tomo I. p. 264. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

¹⁵ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Principales contratos civiles y comerciales*. Octava edición. Tomo II. Bogotá: Ediciones el Profesional LTDA., 2009. Pág.191.

de la entrega (dación, entrega, restitución) de un cuerpo cierto (...), la del flete de un transporte”¹⁶

NOMINADO Y TIPICO: Es nominado, ya que tiene un nombre específico en el sistema legal colombiano; de igual manera, su regulación está establecida por la ley 57 de 1887 y el decreto 410 de 1971.

PRINCIPAL: No requiere de otro contrato o convención para que este surja. Es autónomo por sí mismo y su nacimiento depende de la voluntad de los contratantes. En este punto, vale recordar que, si bien el código civil colombiano, en su artículo 1499, estipula que “El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella”, como lo indica el maestro OSPINA FERNÁNDEZ “el concepto de accesoriedad debe entenderse, no en función de la clasificación de contratos principales y accesorios a que se refiere el artículo 1499 del código civil, ya que todo contrato es en sí principal, sino en cuanto al contenido de las obligaciones que de un acto jurídico se genera”¹⁷.

Una vez que se ha tratado de manera holística las características del contrato de transporte, se examinará más a fondo el transporte de personas, ya que es esta especie dentro del contrato de transporte, la que en verdad nos merece toda la atención. El bicitaxismo, punto medular de este artículo, se enfoca en la mencionada especie contractual, por lo que a continuación se entrará a estudiar y dilucidar el transporte de personas.

2 EL CONTRATO DE TRANSPORTE TERRESTRE DE PERSONAS

El contrato de transporte terrestre de personas, es aquel por el cual, una empresa transportadora, asume frente a una persona denominada pasajero, la obligación de trasladarla, de un lugar a otro, previamente determinado, mediante el pago, o la promesa de pago, de un precio en dinero, llamado porte o flete, corriendo

profesionalmente los riesgos inherentes a tales actos.¹⁸

ELEMENTOS

Podemos identificar como elementos o extremos subjetivos del mencionado contrato:

PASAJERO: Persona quien se obliga a pagar un precio y a observar las condiciones de seguridad impuestas por el transportador y por la normativa desarrollada por el Estado, a cambio de que aquel, preste sus servicios, llevándolo a un lugar previamente establecido.

TRANSPORTADOR: Es la empresa que asume frente a una persona indeterminada la obligación de trasladarlo de un lugar a otro, recorrido que debe estar previamente estipulado o pactado; el precio que recibe el transportador, puede ser pagado antes, durante o después de la ejecución del contrato; en todo caso, el transportador, asumirá los riesgos pertinentes.

CAPACIDAD: Se orienta por las normas generales estipuladas por la ley civil, es decir, que son capaces de celebrar este contrato, aquellas personas que la ley haya determinado para tal efecto, siguiendo la regulación sobre las inhabilidades absolutas y relativas expresadas por el artículo 1504 de la ley 57 de 1887.

En este punto hay que aclarar, que si bien este tipo contractual se regula por las normas que para él ha dispuesto el legislador, suele presentarse un fenómeno negocial especial, al validarse el consentimiento tácito. Piénsese en el supuesto de que el transportador deje la puerta abierta de su vehículo, invitando al pasajero a que se suba en él, acontecimiento que efectivamente ocurre con lo cual se perfecciona el contrato, ateniéndonos a la característica de la consensualidad y a los requisitos que debe reunir la oferta y la aceptación en lo que se ha conocido por la doctrina como el *itercontractus*. “La aceptación tácita es la que se puede deducir de cierta conducta, de cierto comportamiento, que no deja duda acerca de la voluntad contractual”¹⁹

16 HINESTROSA FORERO. Fernando. Op. Cit. p. 264.

17 ABELA MALDONADO, Andrew. *Obligaciones con clausula Penal en Derecho de las Obligaciones Tomo I.* p. 135. Primera edición. Universidad de los Andes. Bogotá 2009

18 ARRUBLA PAUCAR. Op. cit., p 89.

19 TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones. El acto o negocio jurídico y otras fuentes de las obligaciones.* P 79. Séptima edición. Ediciones doctrina y ley. Bogotá, 2008.

OBJETO DEL CONTRATO: Tiene por objeto un resultado, el cual consiste en trasladar a una persona de un lugar a otro; el transportador, debe hacer todo lo posible y lo que este a su alcance para cumplir, de manera óptima e idónea, su obligación de resultado

PRECIO O FLETE: Es la contraprestación a la cual se ve obligado a cumplir el pasajero, por el servicio prestado por parte del transportador; este precio puede ser fijado o estipulado por las partes, en virtud de la autonomía privada de la voluntad de las mismas; no obstante, en muchas ocasiones, quien fija esta tarifa, es el Estado, con su poder de intervencionismo.

3 BICITAXISMO: UNA CUESTIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Ya se ha tratado el tema del contrato de transporte, su regulación, su característica y sus elementos; a continuación, se expondrá con más profundidad el tema del bicitaxismo y su relación con el contrato de transporte; también el problema socio-jurídico que de allí se desprende. Para estudiar el tema del bicitaxismo, es pertinente empezar por referirse a leyes expedidas hace ya más de diez años, como la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, las cuales regulan el tema del transporte, dentro del territorio nacional.

La Ley 336 de 1996 en su acápite de "Sanciones", señala las multas, inmovilizaciones de vehículos, cancelación de licencias, entre otras, siendo de gran importancia el artículo 49, en su literal e), el cual señala que será inmovilizado el equipo que no reúna las condiciones técnico-mecánicas requeridas para su operación, o se compruebe que presta un servicio no autorizado.²⁰ Y es en este aparte subrayado, donde surge la duda de si el bicitaxismo es un servicio autorizado o no; porque a su vez, el inciso cuarto del artículo 21 de la misma ley, señala "en todo caso, al usuario se le garantizarán formas alternativas de transporte para su movilización"; entonces, el bicitaxismo, ¿sería una forma alternativa?

Seguramente, para la época de expedición de las leyes antes mencionadas, no se tenía

²⁰ En este último caso, el vehículo será inmovilizado por un término hasta de tres meses y, si existiere reincidencia, adicionalmente se sancionará con multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos mensuales vigentes;

claro el concepto de bicitaxismo; éste vino a tomar forma, a partir de una serie de proyectos de acuerdos del Concejo de Bogotá, como por ejemplo, el Acuerdo 396 de 2007; en él se define claramente el concepto de tricimóvil, como: "vehículo para el transporte especializado de pasajeros, constituido bajo el principio de la bicicleta, accionado con tracción humana, con una capacidad de traslado de dos pasajeros adultos sentados y su conductor"²¹. Así mismo, en la exposición de motivos de dicho acuerdo, se hace referencia al derecho al trabajo y al derecho a escoger profesión u oficio de manera libre, debido a que este medio de transporte genera empleo para personas no profesionales y que carecen de otros medios para su subsistencia. Según datos presentados al Concejo de Bogotá en el año 2004, la construcción de los tricimóviles genera aproximadamente 1.000 empleos directos, de los cuales dependen unas 3.000 personas. Si se tiene en cuenta que existen aproximadamente 1.790 tricimóviles, con igual número de propietarios en la ciudad, y que por cada uno de ellos se crea empleos en la fase de operación, se estará dando trabajo a 2.985 personas, de las cuales dependen aproximadamente 10.500 individuos.²²

Además de generar empleo para la persona que conduzca este tipo de transporte, se genera trabajo para las personas que queden encargadas del mantenimiento y fabricación del mismo. Además, señala el Doctor Luís Fernando Olivares Rodríguez, este tipo de transporte proporciona una serie de beneficios que se resumen en su no contaminación al medio ambiente, ocupan poco espacio, y no deterioran la malla vial.

Por otro lado, estos vehículos de tracción humana tienen rutas específicas, siendo éstas las calles por donde no hay un servicio de transporte público definido; calles que, por lo general, no cuentan con buses y los taxis que pasan son pocos; el tricimóvil se constituye en el medio adecuado para las personas que no quieren caminar desde donde los dejó el bus, hasta la puerta de sus casas. Otro dato importante que cabe mencionar de este acuerdo, es que para el año 2007, no se había

²¹ Proyecto de acuerdo no. 396 De 2007: "por el cual se dictan disposiciones relativas a la actividad de los tricimóviles con respecto al tránsito dentro del distrito capital"

²² PROYECTO DE ACUERDO No. 396 DE 2007: "POR EL CUAL SE DICTAN DISPOSICIONES RELATIVAS A LA ACTIVIDAD DE LOS TRICIMÓVILES CON RESPECTO AL TRÁNSITO DENTRO DEL DISTRITO CAPITAL"

presentado ningún accidente de tránsito donde intervinieran tricimóviles, lo cual demuestra la seguridad de dicho transporte, sumándolo a las demás ventajas antes descritas.

El proyecto de acuerdo distrital que se viene comentando acude a mandatos de la Constitución Política como son el artículo 2º acerca de los fines esenciales del Estado, los artículos 25 y 26 concernientes al derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio; también acude a la Ley 336 de 1996 para destacar que en su artículo 3º señala que, en la regulación del transporte público, las autoridades competentes deben exigir y verificar las condiciones de seguridad, comodidad y accesibilidad requeridas, que garanticen a los habitantes la eficiente prestación del servicio básico y de los demás niveles que se establezcan al interior de cada modo, dándole prioridad a la utilización de medios de transporte masivo; el artículo 2º se refiere a que la protección de los usuarios, constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte.

A manera de conclusión preliminar respecto de este acuerdo, considerado el primer esfuerzo del Cabildo de Bogotá para regular la situación del bicitaxismo en la ciudad, se encuentra que contiene los motivos constitucionales y legales esgrimidos para la reglamentación de dicho transporte, las rutas por las que deben transitar, la cantidad máxima de pasajeros que se puedan transportar en él, la tarifa por trayecto, la distancia máxima que puede recorrer y demás reglas para el óptimo funcionamiento de este nuevo medio de transporte.

Ahora bien, ante el fracaso en la votación del proyecto de acuerdo analizado, se presenta el Proyecto de Acuerdo 526 de 2007, en donde se reiteran los motivos expuestos en el proyecto 396 del mismo año, aunque con argumentos de más, que interesa subrayar.

Señala el concejal Isaac Moreno de Caro, ponente del proyecto de acuerdo, que a la luz de la Ley 769 de 2002 “Las bicicletas y triciclos no podrán llevar acompañantes, excepto mediante el uso de dispositivos diseñados especialmente para ello...” (Artículo 95); además, señala el artículo 94 de la misma ley que: “Los conductores y los acompañantes cuando hubieren, deberán utilizar casco de seguridad, de acuerdo como fije

el Ministerio de Transporte”²³; lo anterior sería, en conclusión, la regulación de utilización de bicicletas y triciclos, como medio de transporte y la posibilidad que éstos lleven pasajeros, siempre y cuando cumplan con medidas de seguridad.

Así las cosas, se proponen otra serie de artículos para regular el transporte de tracción humana (tricimovil o bicitaxi), determinando, al igual que el acuerdo 396, el número de pasajeros que puede llevar, la condición de que el tricimóvil porte una placa, el hecho de que sus pasajeros porten un chaleco reflectivo y un casco, la distancia máxima que pueden recorrer por trayecto y la prohibición de circular por vías principales. El anterior proyecto de acuerdo no fue aprobado por el Concejo de Bogotá, dejando, una vez más, la situación social del bicitaxismo, en el limbo jurídico.

Tres años después, se expide la Ley 1383 del 16 de marzo de 2010, que reforma la Ley 769 de 2002 o Código Nacional de Tránsito. De esta ley se debe resaltar el artículo 21 por el cual se modifica el artículo 131 de la ley 769, en lo concerniente a las multas imponibles a los infractores de normas de tránsito, conductores de vehículos no automotores, donde caben perfectamente los bicitaxistas, quienes son sujetos de este artículo. La referida norma señala que se impondrá multa a quien preste servicio público con este tipo de vehículos y, además, se inmovilizara el mismo.

3.1 Sentencia C-981 de 2010: la Corte Constitucional garante de los derechos fundamentales

A pesar del contenido de este artículo, la Corte Constitucional no demoró en pronunciarse por medio de la sentencia C-981 de 2010, donde se demandó la inconstitucionalidad del literal A-12 del artículo 131 de la ley 769 de 2002, tal y como fue adicionado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, antes comentado.

En esta providencia, a juicio del demandante, la disposición referida vulneraba el preámbulo y los artículos 13, 25, 53, 58, 333 de la Constitución Política, así como el principio de confianza legítima. La norma acusada, al prohibir la

²³ Proyecto de acuerdo no. 526 De 2007 “por el cual se autoriza provisionalmente la circulación de tricimóviles en la ciudad como medio de transporte alternativo”

prestación del servicio público de transporte en vehículos no automotores o de tracción animal, según el demandante, desconocía el derecho al trabajo, pues, las personas que manejan este tipo de vehículos, por su estado de vulnerabilidad, no saben realizar ninguna otra actividad.²⁴

Entre otros argumentos, el accionante menciona que el artículo 98 de la Ley 769 de 2002, en el aparte que disponía la erradicación de los vehículos de tracción animal en el término de un año, fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-355 de 2003, con la consideración de que violaba los derechos al trabajo en conexidad con el mínimo vital y a la igualdad y desconocía el principio de la confianza legítima. Sin embargo, con la ley 1383 de 2010, se presentan condiciones más gravosas para las personas que trabajan con estos vehículos, toda vez que la norma está encaminada a suspender, del todo, este tipo de servicio.

Desde el punto de vista del demandante, la norma acusada vulneraba la dignidad humana y la libertad de las personas que han escogido este medio como su trabajo, para así conseguir un sustento para sobrevivir; con la norma demandada se les estaría coartando este derecho y la posibilidad de escoger profesión u oficio, así como la libertad de desplazarse libremente.

Por último, argumenta el actor, que la ley vulnera el principio de confianza legítima, el cual ha sido definido por la Corte como una proyección de la buena fe que debe gobernar la relación entre las autoridades y los particulares, puesto que la disposición demandada no tuvo en cuenta el impacto que la prohibición en ella contenida, generaría en muchos colombianos, sin que se proponga ninguna alternativa para quienes viven de esa actividad²⁵.

Para resolver la constitucionalidad de la norma demandada en esta sentencia, la Corte se plantea el siguiente problema jurídico: El numeral 12 del literal A del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, al consagrar como infracción de tránsito el hecho de prestar servicio público

con vehículo no automotor o de tracción animal, ¿resulta violatorio del principio de igualdad (C.P. art. 13); del derecho al trabajo (C.P. Arts. 25 y 53); del derecho de propiedad (C.P. art. 58); de la libertad de empresa (C.P. art. 355) y del principio de confianza legítima?

Después de ahondar en los antecedentes de la norma, la Corte menciona las diferentes leyes que han regulado el tema del transporte público y privado, para después sintetizar tal situación con un concepto de mayo de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sobre las características que se predicen del servicio público de transporte:

- *Su objeto consiste en movilizar personas o cosas de un lugar a otro, a cambio a una contraprestación pactada normalmente en dinero.*
- *Cumple la función de satisfacer las necesidades de transporte de la comunidad, mediante el ofrecimiento público en el contexto de la libre competencia.*
- *El carácter de servicio público esencial implica la prevalencia del interés público sobre el interés particular, especialmente en relación con la garantía de su prestación - la cual debe ser óptima, eficiente, continua e ininterrumpida -, y la seguridad de los usuarios - que constituye prioridad esencial en la actividad del sector y del sistema de transporte (Ley 336/96, art. 2°).*
- *El servicio público se presta a través de empresas organizadas para ese fin y habilitadas por el Estado.*
- *Su prestación sólo puede hacerse con equipos matriculados o registrados para dicho servicio.*
- *Implica necesariamente la celebración de un contrato de transporte entre la empresa y el usuario²⁶.*

Después de la anterior aclaración, la Corte se percata de que la ley, al regular los modos de operación del transporte público, se ocupó del transporte terrestre automotor, el transporte marítimo, el transporte fluvial y el transporte

24 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia c 981 del 1° de diciembre de 2010, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pag. 6.

25 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia c 981 del 1° de diciembre de 2010, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pag.7

26 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 18 de mayo de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00040-00(1740).

aéreo; por ende, no quedaron comprendidas en la regulación legal otras modalidades de transporte, como el no automotor o el de tracción animal; pero aclara, que el hecho de que este tipo de transporte no se encuentre regulado, no quiere decir que no exista en la realidad, sino que se desarrolla de manera informal o ha sido objeto de regulación en el nivel territorial en el que opera, como por ejemplo, en Bogotá; en esta ciudad se promulgó el Decreto 257 de 1997, que contiene normas que aluden al transporte de escombros en vehículos de tracción animal, y el Decreto 510 de 2003 que reglamenta el tránsito de los vehículos de tracción animal en el Distrito Capital, en los términos de la Sentencia de C-355 de 2003.

En el alcance específico de la norma demandada, la Corte encuentra que se desprenden unas características para la infracción prevista en la disposición:

- Se aplica en todo el territorio nacional, sin distinguir entre categorías de municipios, zonas rurales o urbanas o tipos de vía.
- Se aplica para todo vehículo no automotor o de tracción animal, que exista o que pueda llegar a existir.
- Se predica de toda actividad de transporte público, sin distinguir entre si es permanente u ocasional y sin establecer distinciones en relación con los horarios del servicio.
- Implica una prohibición absoluta para la prestación de servicio público, esto es para transportar a personas o a cosas a cambio de una remuneración²⁷.

Para contextualizar lo anterior, la Corte señala que el transporte público es considerado un servicio público esencial y, por ende, el legislador tiene el deber de regularlo, como se lo ordena la Constitución Política. Por otra parte, señala la Corte, constituye una actividad llena de riesgos para las personas y las cosas, por lo cual se debe regular estrictamente la actividad del tráfico automotor. Es el carácter riesgoso que representa el transporte público, el que exige del legislador una reglamentación con reglas y prohibiciones en aras de la seguridad de las personas y de los

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia c 981 del 1° de diciembre de 2010, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pag. 22

bienes. Sin embargo, la potestad del legislador no es absoluta, ni puede ejercerse de manera arbitraria, sino que las restricciones que se impongan deben ser razonables y proporcionadas, en función de fines constitucionalmente legítimos.

En esta sentencia la Corte encuentra una tensión, entre la amplia potestad que tiene el Estado para regular el servicio público de transporte y la exigencia de que las restricciones que se impongan a las personas tengan claro sustento, en función de fines constitucionalmente admisibles, y sean razonables y proporcionadas. Por esta razón la Corte encuentra necesario acudir a un test de proporcionalidad, para verificar si la restricción impuesta en la norma es razonable y proporcionada, y por consiguiente ajustada a la Constitución o, si por el contrario, se aparta de esos principios y es violatoria del ordenamiento superior.

Con respecto al tema del test de proporcionalidad, el cual ha sido aplicado por la Corte Constitucional en varias ocasiones, se ha precisado que cuando diversos principios constitucionales entran en colisión, corresponde al juez constitucional, estudiar la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida examinada y, además, examinar si la reducción del derecho es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado. Para ello, debe el juez: primero, determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son 'adecuados' para lograr el fin perseguido; segundo, si son 'necesarios', en el sentido de que no exista otro medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, tercero, si son 'proporcionados stricto sensu', esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer²⁸.

En lo que respecta a la norma demandada, encuentra la Corte que tiene una finalidad legítima a la luz de la Constitución; si bien es cierto, no se conocen los motivos del legislador para haber planteado tal prohibición, o sanción, a las personas que presten el servicio público por medio de transporte no automotor o de tracción animal, se puede concluir que el legislador lo hizo en pro de la seguridad, la movilidad y la

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-309 de 1997.

salubridad, por lo cual está acorde con la Carta Política. Por otro lado, es claro para este Tribunal que la norma demandada, como prohibición que es, coarta y restringe el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al trabajo, a la libertad de escoger profesión u oficio de quienes venían desempeñando la actividad sancionada por la norma; entonces, la Corte deberá examinar si esta restricción es proporcionada por encontrarse en contraposición con los valores y principios ya mencionados.

Está claro que la restricción contenida en la norma demandada es adecuada para el fin propuesto; pues al imponer una sanción a quienes presten servicio público en transporte no automotor o de tracción animal, se previene de forma absoluta el riesgo y los inconvenientes que genera dicha actividad. Sin embargo, la Corte debe pasar a establecer si dicha medida resulta necesaria, determinando si no existen, o si se han evaluado, alternativas distintas, que resulten menos onerosas en términos de los principios y derechos restringidos. Es en este segundo paso del test de proporcionalidad, donde el Tribunal Constitucional encuentra que la norma demandada no supera el examen; lo anterior, porque para atender las finalidades legítimas de seguridad, movilidad, salubridad o preservación del espacio público, basta acudir a la reglamentación del transporte público en vehículos no automotores o de tracción animal, estableciendo restricciones para la prestación del mismo, en razón al tipo de vehículo o a la naturaleza de las vías, sin que sea necesaria una prohibición absoluta de esta actividad.²⁹ Para la Corte, es posible que existan reglas o restricciones sobre temas específicos de los vehículos arriba comentados, pero no una exclusión total, como lo hace la norma demandada.

Sumado a lo anterior, la norma examinada vulnera el derecho al trabajo con la prohibición absoluta que hace acerca de la prestación de servicio público por los vehículos no automotores o de tracción animal, porque estaría coartando a los dueños de estos vehículos para explotarlos económicamente y, así mismo, impediría la obtención de un sustento para su supervivencia.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia c 981 del 1° de diciembre de 2010*, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pag.26

Finalmente, para su decisión, la Corte Constitucional se adhiere y se pronuncia en los términos de la sentencia C-355 de 2003 señalando que en aras de preservar la decisión adoptada por el legislador dentro de su ámbito de configuración, declarará la exequibilidad del numeral 12 del literal A del artículo 131 de la Ley 769 de 2002, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1383 de 2010, bajo el entendido de que la sanción allí prevista sólo será aplicable, previa reglamentación por las autoridades territoriales competentes, en la que se señalen las condiciones de tiempo, de modo y de lugar en las que se aplicaría la restricción allí consagrada.³⁰

3.2 Acuerdo 260 de 2012: una nueva oportunidad para el bicitaxismo

En el año 2012, por medio del proyecto de acuerdo número 260, el Consejo de Bogotá, tomó como fundamento la sentencia C-981 de 2010, antes tratada, para exponer los motivos por los cuales se debe reglamentar la prestación del servicio de transporte público terrestre no automotor individual de pasajeros en el Distrito Capital. Se empieza por detectar que el fenómeno de los bicitaxis data de hace 20 años; sin embargo fue en 2004 cuando esta clase de vehículos comenzaron a circular por unos sectores determinados de las localidades de Bogotá, como Suba, Kennedy y Bosa.

Este medio de transporte está destinado a sectores donde el servicio colectivo no llega, o llega de manera precaria, utilizándose el tricimovil para suplir la necesidad de transportarse, en trayectos que pueden ir de las 5 a las 20 cuadras. Este fenómeno puede observarse, en mayor medida, en estaciones “intermedias” de Transmilenio, debido a que el trayecto desde la estación hasta el destino de la persona, es demasiado extenso, más cuando por allí no pasa el servicio colectivo; entonces la persona debe decidir, entre caminar ese largo camino, pagar una carrera mínima de un taxi, o pagar la tercera parte de esa carrera mínima, tomando un bicitaxi.

Más adelante se hace una exposición de datos estadísticos acerca del valor de un trayecto en bicitaxi, cuánto ganan en promedio los conductores de estos vehículos y cómo funciona

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, *Sentencia c 981 del 1° de diciembre de 2010*, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pag.29

esta organización, dependiendo el sector en que se encuentren los bicitaxistas, para determinar que, con más de 5.000 conductores, cerca de 150.000 usuarios diarios y presencia en al menos 11 localidades, el bicitaxismo es una realidad que las autoridades nacionales y distritales ya no pueden ignorar. Sin embargo, así como los bicitaxis prestan un servicio conveniente, ecológico y económico a los usuarios, las condiciones de éste no son óptimas y, frecuentemente, se encuentran los siguientes inconvenientes:

- Vehículos sin las condiciones de seguridad adecuadas, debido a un diseño y una construcción deficientes.
- Vehículos circulando por vías arterias donde ponen en peligro la integridad física del conductor y de los pasajeros.
- Menores de edad conduciendo los vehículos.
- Conductores que maltratan o cobran más de lo "justo", a los pasajeros.
- Vehículos estacionados en el espacio público, donde obstaculizan el tránsito de peatones.
- Conflictos entre conductores o empresas de bicitaxis, sobre quién tiene el derecho a operar cierta ruta.
- Conductores sin ningún tipo de seguridad social o protección, contra riesgos profesionales.
- Ninguna contribución de conductores o propietarios de bicitaxi al Distrito y al mantenimiento de la infraestructura que utilizan³¹.

Muchos de estos problemas serían solucionados con una reglamentación acerca de la prestación de servicio público por parte de vehículos no automotores; no obstante, la posición del Ministerio de Transporte, ha sido tratar de evitar este hecho imponiendo sanciones, multas e inmovilizaciones a los vehículos de esta naturaleza, que presten el servicio público.

Con el fin de reglamentar la situación del transporte no automotor se han dado varios proyectos de acuerdo, sin resultado alguno, señalando como finalidad la necesidad de dignificarlo y volverlo más seguro para conductores y usuarios; lo que propone este proyecto de acuerdo, en concreto, es tomar

como base la sentencia C-981 de 2010, la cual no había sido tomada en cuenta para los otros proyectos; sin embargo, la Secretaría Distrital de Movilidad no ha reglamentado la prestación del servicio de transporte público en vehículos no motorizados en Bogotá, argumentando que es necesario que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Transporte, homologue y matricule los vehículos, y fije los criterios para la habilitación de las empresas operadoras por parte de las entidades territoriales, para así ponerle orden a un fenómeno que, siendo eminentemente positivo para la ciudad, necesita la intervención constructiva del Estado y de las entidades del distrito de manera urgente³².

Con una reglamentación pronta y completa que fije las condiciones en las que debe operar el vehículo, los requisitos que deben cumplir las empresas y los conductores, las especificaciones de las rutas, entre otras, traería a los conductores y a los usuarios, importantes beneficios, como: un servicio seguro y económico que permita a los usuarios hacer desplazamientos cortos complementarios a los del transporte colectivo o masivo; un vehículo cómodo y seguro, en el cual es menos probable que se tengan accidentes; tranquilidad al saber con certeza que el conductor está capacitado para conducir su vehículo y la posibilidad de tener una tarifa definida. Para los conductores permitiría la tranquilidad de no ser sancionados por la Policía, si cumplen con la regulación definida por la Secretaría de Movilidad; acceso a seguridad social y a un seguro de accidentes contra terceros; claridad en precios para ingresar a operar un vehículo en cierta ruta; mejores condiciones de los vehículos en los que trabajan en cuanto a seguridad y comodidad, entre otros.

Se puede concluir que antes de la sentencia C-981 de 2010, existía un vacío legal que permitía a las autoridades de tránsito dar por prohibida la prestación del servicio público de transporte no automotor o de tracción animal; con dicha providencia es imperativo que cada entidad territorial regule la prestación de dicho servicio, pues hasta que ello no se realice, es ilegal seguir

31 Proyecto de acuerdo n° 260 de 2012 "por medio del cual se ordena la reglamentación de la prestación del servicio de transporte público terrestre no automotor individual de pasajeros en el distrito"

32 Proyecto de acuerdo n° 260 de 2012 "por medio del cual se ordena la reglamentación de la prestación del servicio de transporte público terrestre no automotor individual de pasajeros en el distrito"

sancionando a las personas que actualmente prestan este servicio.

En suma, la prestación del servicio público de transporte en vehículos no automotores es una realidad tal y como fue reconocida por el Tribunal, así legalmente no esté regulada; por ende, no puede ser absolutamente restringida, sino que debe reglamentarse por la autoridad competente, que para el caso de Bogotá, es el Concejo y el Alcalde Mayor.

Después de esta exposición de motivos, el proyecto de acuerdo contiene dos artículos, uno de los cuales ordena a la Administración Distrital reglamentar, en el término de 12 meses, la prestación del servicio de transporte público terrestre no automotor individual de pasajeros en Bogotá. No obstante lo anterior, este proyecto tampoco caló en el Concejo de Bogotá, por lo que la situación socio-jurídica, sigue sin regulación; la orden emanada de la Corte Constitucional se ha desatendido, generando, a su vez, vulneración de la Carta Política, por cuenta de las autoridades distritales.

3.3 Responsabilidad civil del transportador, como garantía de protección de los derechos del pasajero

En el acápite anterior se hizo un recuento de los diferentes intentos por parte de algunos concejales del cabildo de la ciudad de Bogotá por regular la actividad transportadora del bicitaxismo, a través de los diversos proyectos de acuerdo, previendo la tutela de una variada lista de derechos fundamentales de los conductores y propietarios de estos medios de transporte. El bicitaxismo requiere la intervención del legislador para que le dé una orientación pronta a esta relación contractual, ya sea a través de una ley de la república en el orden nacional, o de un acuerdo distrital o municipal, en el orden territorial; por cuanto también se ven menoscabados los derechos de los pasajeros, al no tener claridad acerca de la validez del contrato celebrado y, por ende, el régimen jurídico de responsabilidad que se derivaría en el caso que, como consecuencia de la utilización de este servicio, se causen daños a la vida, a los bienes o a la integridad de las personas que hagan uso de él.

A continuación se procederá a analizar los elementos de la responsabilidad civil, para después, a través del método deductivo, identificar

cuál régimen jurídico de responsabilidad es aplicable a los casos ya mencionados.

En este orden de ideas, la responsabilidad civil es entendida como fuente de obligaciones, debido a que somete a quien ha causado un daño, a repararlo. Es concebida, de igual manera, como una deuda de reparación que pesa sobre el autor del perjuicio, en provecho de la víctima, tal como enuncia Henri, León Mazeaud³³.

3.3.1 Estructura de la responsabilidad civil

Entendido el concepto central, al analizar el caso del contrato de transporte en el que el pasajero puede llegar a sufrir una serie de daños, a causa del incumplimiento de la obligación accesoria de seguridad, a cargo del transportador, se tiene que determinar si se configura la estructura de la responsabilidad civil. Esta última, impone la presencia de tres elementos:

1) La acción u omisión culposa o dolosa del dañador. La culpa en la responsabilidad contractual dependerá de la clase de contrato que se haya incumplido.

En el caso del contrato de transporte, nos encontramos frente a un contrato que genera obligaciones de resultado; por lo que las partes, o por lo menos una de ellas, deben cumplir una prestación específica o concreta, a la que se obligó con razón del contrato.

Dentro del proceso de estos contratos, quien tiene la obligación de resultado, queda cobijado por una presunción de derecho sobre la culpa. De entrada, el sujeto se presume legalmente responsable. En el proceso no se va a discutir la culpa, no deberá demostrarse ni por la víctima ni por el dañador. La defensa apunta a desvanecer el nexo causal.

Dentro de la responsabilidad del transportista, la jurisprudencia ha aclarado que:

(...) del empresario del transporte ha de esperarse la adopción de todas las medidas que, según las exigencias de la profesión, sean requeridas para evitar la realización del daño o su agravación, con lo que el rigor con el que se debe examinar su actuación sube de punto, pues de él no se espera, simplemente, lo que una persona común habría

³³ MAZEAUD, Henri y Leon, *Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I*, Editorial Comlex, Mexico D.F, 1945.

hecho, sino que la colectividad confía en que el transportador se comporte como lo haría alguien con la preparación, habilitación y experiencia suficientes para enfrentar y superar los distintos riesgos que cotidianamente se presentan en su actividad”³⁴.

II) El daño en la víctima. Arturo Alessandri Rodríguez³⁵ lo define como el detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias etc. Para que se configure, se deben cumplir tres requisitos esenciales: (a) que sea subsistente, es decir que sea actual, que no se haya cancelado indemnización alguna; (b) que sea personal, que la persona sea víctima directa del hecho dañoso; (c) que sea cierta, que el perjuicio se haya configurado.

III) El nexo causal. Es complejo definir qué es el nexo causal, ya que entrelaza una compleja discusión tanto en el terreno práctico como teórico; sin embargo, existen diferentes teorías acerca del tema a tratar; por ello, se hará un esbozo de lo que es el nexo causal.

Para empezar, hay que decir que existe una causalidad fáctica y otra jurídica; pero, puede pasar, que en el campo ya sea práctico o teórico, no se constituya causalidad fáctica pero si haya causalidad jurídica; lo que se quiere dar a entender es que el hecho generador de la causalidad, es imputable jurídicamente al dañador, lo que configuraría la causalidad jurídica; sin embargo, hay que tener en cuenta que si el daño que le es imputable al dañador se ve estructurado por una causa extraña, en ese instante no se configuraría el nexo causal existente sino que, por el contrario, este se rompería y, por ende, no se configuraría el “trípode” necesario en la estructuración de una responsabilidad civil.

De igual forma existe una causalidad jurídica o moral³⁶; se presentan casos, en los cuales, un agente omite una conducta a la cual se ve obligado, ya sea legal o contractualmente y, por esa omisión,

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Referencia 05001-3103-010-2000-00012-01.

³⁵ Rodríguez, arturo alessandri de la responsabilidad extracontractual en el derecho civil tomo i, santiago de chile 1987. Editorial universal.

³⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, tratado de responsabilidad civil tomo i, bogotá, 5ª ed. Editorial legis, 2010

se presentan una serie de fenómenos que, como final, dan lugar a la producción de un daño.

En igual sentido, puede que no sólo ocurra un daño, sino que exista una pluralidad de daños; por esto, quien ha sido víctima de este daño, tendrá que probar diferentes nexos de causalidad, no sólo aquel por el cual ha sido víctima de un daño. Es así como el profesor Tamayo Jaramillo trae a colación una actividad peligrosa, como es el transporte de pasajeros. Para el caso concreto del bicitaxismo, la persona afectada por el daño, tiene que probar que esa conducta le produjo un daño; también tiene que establecer que la persona a la cual se le va a imputar jurídicamente ese daño, tenía alguna injerencia en la actividad peligrosa. Se tiene que demostrar, en efecto, que la persona a la cual se va a demandar, tenía bajo su dirección y control esa actividad, o que la persona que estaba bajo su cuidado, fue quien cometió ese daño; momento en el cual se tendría que probar el nexo causal que había entre este y su guardián.

Sin embargo, la ley trae algunas excepciones al deber de probar el nexo causal, ya que en algunas actividades este se presume y por ende se exonera a la víctima de probar este nexo de causalidad.

De esta manera se tiene que en aquellos contratos en los cuales se exige del deudor una obligación de seguridad, ya sea frente una persona o una cosa, la ley presume que todos los daños que le sucedan a la persona o a la cosa que está bajo su cuidado, han sido causados por este³⁷.

Tenemos así que en el transporte de cosas o de personas, la víctima no tiene por qué probar que el dañador efectivamente es el responsable de ello, sino que se presume por la actividad peligrosa que está ejecutando, solo basta que establecer que el daño se realizó en la actividad transportadora.

3.3.2 Elementos estructurales de la responsabilidad civil contractual

En el caso del bicitaxismo, se debe establecer si se configuran los elementos estructurales necesarios para hablar de una responsabilidad contractual; desde este punto de vista es necesario:

³⁷ Ibid.

I) Existencia de un vínculo jurídico negocial, entre la víctima y el dañador:

Para poder establecer si el contrato existe, se deben observar si los elementos esenciales del mismo se dan o no. De acuerdo al artículo 1501 del Código Civil: “Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”. Por lo tanto los elementos esenciales del contrato son aquellos sin los cuales el negocio no existe.

En el caso particular, se manifiesta la existencia de un contrato de transporte, cuyo carácter es consensual y, como tal, se perfecciona con el simple acuerdo de las partes; además, de probarse respecto a las formas legales, estipuladas en el artículo 981 del Código de Comercio, siendo este acuerdo, el traslado de la persona y el precio del mismo, a través del medio de transporte terrestre. Además es definido, en el mismo artículo, como un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y entregar éstas al destinatario.

Para la doctrina, en el contrato de transporte “Además de los requisitos comunes para todo acto o negocio jurídico, capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita, se requiere del precio.”³⁸, por tratarse de un contrato eminentemente oneroso, donde “ambas partes se gravan y benefician recíprocamente. El transportador se afecta con los actos del transporte, pero se beneficia con el precio, y el pasajero asume la obligación de pagar el pasaje y se beneficia del acto del transporte”³⁹.

En el pago del pasaje, los usuarios lo hacen al conductor directamente; esto no le quita la esencia al contrato, ya que el conductor es quien contrata de manera directa, dada la naturaleza de su oficio y, más aun, teniendo en cuenta que en muchos de los casos no se encuentra afiliado a empresa alguna; por lo tanto, encontramos que estipuladas las condiciones del transporte en horario normal y aprobado por parte del usuario el medio de transporte a usar, se debe entender que se da por constituido el contrato.

³⁸ BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Principales contratos civiles y comerciales*. Octava edición. Tomo II. Bogotá: Ediciones el Profesional LTDA., 2009. Pág.192.

³⁹ *Ibid.*P191

Lo anterior nos permite afirmar que el contrato de transporte bajo estas condiciones existe, por lo que el primer elemento estructural de la responsabilidad civil contractual, se configura.

II) Que este vínculo jurídico sea válido

Como ya se dijo, en el caso concreto, el contrato de transporte existe, pues se dan sus elementos esenciales. Al existir este vínculo jurídico negocial, surge a la vida jurídica con una presunción legal de validez, y al no poderse evidenciar a simple vista factores de nulidad, se puede entender el negocio como válido, cumpliendo de este modo con el segundo elemento de la responsabilidad civil contractual.

III) Que haya un incumplimiento de las obligaciones, que nacen del vínculo jurídico

Ahora bien, en el punto del incumplimiento, cuestión esta necesaria para hablar de la responsabilidad por parte del posible dañador, este se configuraría en caso de no cumplirse la obligación principal por parte del conductor, estipulada en el artículo 982 del Código de Comercio, el cual indica que se debe conducir a las personas sanas y salvas al lugar de destino, también el código civil lo establece en los artículos 2072 y 2073, en donde el transportador tiene una obligación de seguridad y de resultado y, en consecuencia, responde por cualquier daño que puedan sufrir los pasajeros durante la ejecución. En este caso, basta el hecho objetivo del accidente sufrido por la víctima para que haya responsabilidad por parte del transportador, sin que este pueda alegar ninguna causal de exoneración. De acuerdo con ello, el artículo 992 del código de comercio establece que el transportador solo se exonera de esa responsabilidad probando una causa extraña, cual puede ser la fuerza mayor, el hecho exclusivo de terceros y la culpa de la víctima.

Es así como la Honorable Corte Suprema de Justicia, en consideración del artículo 1003 del código de comercio que consagra la responsabilidad del transportador, afirma:

Con motivo de ser el transporte una clásica actividad peligrosa, que de suyo implica un riesgo para la sociedad, máxime cuando la conducción es de personas, la inejecución o ejecución defectuosa

del contrato de transporte considera o presume la ley que obedece a culpa de quien lo explota(...)⁴⁰.

En cuanto a las obligaciones del transportador para apoyar, aún más, las aseveraciones hechas anteriormente, la jurisprudencia y la doctrina han decantado sobre la obligación del transportador:

(...) la del transportador es una obligación de resultado, en la medida en que para cumplirla no le basta simplemente con poner toda su diligencia y cuidado en la conducción de las personas o las cosas, pues con arreglo a dicha preceptiva menester es que la realice en perfectas condiciones, de forma tal que solamente podría eximirse de ello demostrando la concurrencia de alguno de los acontecimientos que dependen de lo que se ha denominado una 'causa extraña', vale decir, aquellos en que, como sucede con el caso fortuito o la fuerza mayor, entre el hecho y el daño se ha roto el nexo causal, indispensable para la configuración de la responsabilidad, lo cual implica naturalmente que se adoptaron 'todas las medidas razonables' de un acarreador profesional para evitar el daño o su agravación⁴¹.

IV) Que ese incumplimiento haya causado un perjuicio

Este incumplimiento del contrato, por consiguiente, debe generar un perjuicio entendido como "la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia del daño"⁴², que a su vez, se puede entender como la simple destrucción o deterioro de un objeto. Esta distinción es importante, pues como lo hacen notar algunos doctrinantes, la simple destrucción de una cosa no constituye un perjuicio a la luz de la responsabilidad civil. Solo en la medida en que esa destrucción o deterioro tenga repercusión en los derechos o facultades patrimoniales de una persona, cabe hablar de perjuicio indemnizable.

Es importante recordar que el perjuicio debe cumplir con unas condiciones esenciales para que este obtenga su carácter de indemnizable. Estas características han sido identificadas, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, otorgándoles una especial relevancia, éstas son que el perjuicio

debe ser cierto, directo y actual. "En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto; y la persona que reclama la indemnización deber ser la misma que resulto perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada..."⁴³.

En la categorización de los perjuicios, numerosos doctrinantes coinciden en que estos se pueden dividir:

a. Patrimonial: Que a su vez se subdivide en daño emergente y lucro cesante; el primero, entendido como las erogaciones que tiene que pagar con ocasión del daño y, el segundo, consistente en lo que la víctima dejó de percibir con ocasión del daño.

b. Extrapatrimonial: entendido como un menoscabo de la emocionalidad, la psiquis, la vida misma de la víctima. Este se clasifica en daño moral, daño a la vida de relación, daño al proyecto de vida y daño biológico o corporal.

V) Que el perjuicio no haya sido resarcido

Requisito indispensable para estructurar la responsabilidad civil contractual, por lo cual se puede afirmar que esta es la vía idónea para ejercer la acción, en caso de un incumplimiento por parte de un operador de bicitaxi.

CONCLUSIÓN

Diversas son las posiciones que se han advertido a lo largo de este artículo, respecto de la necesidad o no, de regular la actividad del bicitaxismo en Bogotá. Para un sector de la sociedad, liderado por la secretaria de movilidad de la ciudad, tal actividad no debe ser legislada, por cuanto el tricimóvil no presenta las condiciones de seguridad necesarias para el pasajero; además, que observa cierta inutilidad de este servicio, pues asevera que el Sistema Integrado de Transporte Público, junto con el sistema de transporte masivo Transmilenio, son suficientes para atender las necesidades de los ciudadanos; sin embargo, para otro sector mayoritario, representado por la célula política de la ciudad, que en diversas ocasiones ha intentado regular la materia, sin contar con los votos suficientes para su aprobación, las ventajas

40 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia: diecinueve (19) de abril de 1979, pagina 90.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia Primero de Junio de 2005 Exp. No 1999-00666-01.

42 HENAO PÉREZ, Juan Carlos. El Daño. Bogotá: Universidad Externado, 1998, pág. 77

43 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo II. Quinta reimpresión. Bogotá: Legis 2010. P.335

que representaría la reglamentación de este medio de transporte estarían dadas por mayores garantías para los conductores, representadas en el acceso al sistema de seguridad social, además de contar con un contrato de trabajo que exigiría, al propietario del vehículo, el deber de cancelar un salario que le asegure una vida digna al trabajador. Además, permitiría un aumento del erario, a través de tributos que tendría esta actividad, por el uso de la malla vial, así como una alternativa de solución al problema de movilidad de la ciudad.

La Corte Constitucional, en ejercicio de su misión pendular dentro del Estado Social de Derecho, en la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ha entendido que, incluso, las relaciones contractuales están irradiadas por el poder del texto superior por lo que, no solo es función de las autoridades proteger los derechos fundamentales, sino también la actuación de los particulares, limitando, incluso, caros principios del derecho privado, como la autonomía de la voluntad. La Corte ha interpretado que, en el caso de la

regulación del transporte a través de vehículos no motorizados, la potestad de configuración legislativa no es absoluta, estando limitada por los derechos fundamentales de todos los habitantes en el territorio colombiano, reconocidos no solo por la Constitución Política de 1991, sino por tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos que reconocen la libertad de las personas de escoger profesión u oficio, así como el derecho al trabajo, derechos estos que son garantizados si se regula la actividad del bicitaxismo. Así, no sólo se protegerían los derechos cardinales de los operados y propietarios de estos vehículos, sino también se tendería a proteger el orden público y el bienestar colectivo, a través del intervencionismo del Estado. Además se aseguraría un mecanismo idóneo para que los usuarios de estos medios no convencionales de transporte, puedan pedir la reparación de los perjuicios causados por la utilización de los bicitaxis, reconociéndose la cláusula vital del Estado Social de Derecho, que busca asegurar la igualdad de todos frente a la ley.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINALES

- ABELA MALDONADO, Andrew. *Obligaciones con cláusula Penal en Derecho de las Obligaciones*. Tomo I. Primera Edición. Universidad de los Andes. Bogotá, 2009.
- BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Principales contratos civiles y comerciales*. Octava edición. Tomo II. Bogotá: Ediciones el Profesional LTDA., 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Editorial Trotta S.A. Madrid. 2008.
- HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El Daño*. Bogotá: Universidad Externado, 1998
- HINESTROSA FORERO, Fernando. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, Estructura y vicisitudes*. Tomo I. Tercera edición. Universidad Externado. Bogotá, 2007.
- MAZEAUD, Henri y León, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Editorial Comlex, México D.F, 1945.
- RODRIGUEZ, ARTURO ALESSANDRI, *DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO CIVIL*, TOMO I, SANTIAGO DE CHILE 1987. EDITORIAL UNIVERSAL.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, BOGOTÁ, 5ª ED. EDITORIAL LEGIS, 2010
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II. Quinta reimpresión. Bogotá: Legis 2010.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de las Obligaciones. El acto o negocio jurídico y otras fuentes de obligaciones*. Séptima edición, ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2008.

NORMATIVAS

- Constitución Política de 1991.
- Ley 769 del 06 de agosto de 2002 "Por la cual se expide el código nacional terrestre y se dictan otras disposiciones".
- Ley 105 del 30 de diciembre de 1993 "Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones".

- Ley 1383 del 16 de marzo de 2010 "Por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones".
- Ley 336 del 20 de diciembre de 1996 "Por la cual se adopta el estatuto nacional de transporte".
- Ley 57 de 1887 "Por la cual se adopta el Código Civil".
- Decreto 01 de 1990 "por la cual se modifica el decreto 410 de 1971".
- Decreto 410 del 27 de marzo 1971 "Por la cual se expide el Código de comercio".
- Proyecto de acuerdo no. 396 de 2007: "Por el cual se dictan disposiciones relativas a la actividad de los tricimóviles con respecto al tránsito dentro del distrito capital".
- Proyecto de acuerdo no. 526 de 2007 "Por el cual se autoriza provisionalmente la circulación de tricimóviles en la ciudad como medio de transporte alternativo"
- Proyecto de acuerdo 260 de 2012 "Por medio del cual se ordena la reglamentación de la prestación del servicio de transporte público urbano terrestre no automotor de pasajeros, en el distrito capital".

JURISPRUDENCIALES

- Sentencia de Casación Civil de 1º de Junio de 2005.
- Sentencia -210-2004 M.P Jaime Arrubla Paucar.
- Sentencia 033 del 25 de Marzo de 2003. M.P José Fernando Ramirez Gómez.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C.981 del 1º de diciembre de 2010, M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 18 de mayo de 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00040-00(1740).
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-309 de 1997. M.P Alejandro Martínez Caballero.

EN INTERNET

- <http://e.eltiempo.com/media/produccion/bicitaxis/index.html>

COLABORADORES INTERNOS

LA COLISIÓN CULTURAL ENTRE DOS
VISIONES: JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHO
ESTATAL

Nancy Solano de Jinete
Germán Humberto Padilla Ospina

NOTA PRELIMINAR CIRCUNSCRITA AL CONCEPTO,
FUNCIÓN Y ROL DE LA CRIMINOLOGÍA Y
LA ESTADÍSTICA EN EL EJERCICIO DE LA
INVESTIGACIÓN ACADÉMICA

Over Humberto Serrano suárez

TEORÍA DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN FRENTE
A LA LÓGICA DE LAS REGLAS DE LA ADICIÓN

Ricardo Martínez Quintero

LA COLISIÓN CULTURAL ENTRE DOS VISIONES: JUSTICIA INDÍGENA Y DERECHO ESTATAL*

CULTURAL COLLISION AMONG TWO VIEWS: INDIGENOUS JUSTICE AND PUBLIC LAW

A COLISÃO CULTURAL ENTRE DUAS VISÕES: A JUSTIÇA INDÍGENA E A LEI ESTADUAL

Nancy Solano de Jinete^a

nancy_sol@hotmail.com

Germán Humberto Padilla Ospina^b

germanhpadilla@gmail.com

Fecha de recepción: 12 de Junio 2014

Fecha de revisión: 2 de Julio 2014

Fecha de aceptación: 15 de Julio 2014

RESUMEN

El problema que suscita el interés de la presente investigación tiene un eje particular: El choque entre la visión de mundo de una mayoría con la visión de mundo de una minoría. Suscitada por los límites impuestos por una cosmovisión mayoritaria representada por la dogmática de los Derechos Humanos, conquista de la cultura occidental, la cual ha sido aceptada de manera global, por la gran mayoría de los países del planeta. La otra cosmovisión, la “minoritaria”, es la que se encuentra representada por el Derecho Propio de los pueblos indígenas.

** El presente artículo de investigación científica es producto del trabajo de investigación titulado “Tensiones entre los Derechos Humanos y el Derecho Indígena, bajo la Óptica Jurisprudencial”, desarrollado por el grupo de investigación Análisis Jurídico de la facultad de derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, en el cual se realizó un estudio jurisprudencial y acucioso de manera transversal relacionado con las decisiones judiciales de las comunidades indígenas que a juicio de la Corte Constitucional vulneran o no derechos fundamentales. También se complementó esta investigación con el estudio de un trabajo de campo realizado dentro de la comunidad Wayuu en los rancherías de Palasimana, La Loma e Irrachon, donde se establece que no obstante la preponderancia del derecho del blanco o “civilizado”, sobre las comunidades indígenas y en especial la Wayuu, prevalecen en ellas la aplicación del derecho propio indígena, con las observancias y conclusiones que se anotan al final de la investigación.*

Los registros fotográficos que aparecen en la presente investigación, fueron tomados por los investigadores durante el desarrollo del trabajo de campo.

a. Abogada de la Universidad Libre. Magíster en Educación Superior Con Énfasis En Investigación de la Universidad Pedagógica Nacional. Docente de planta de tiempo completo de la Facultad de Derecho de La Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

MISIÓN JURÍDICA

Revista de Derecho y Ciencias Sociales

Bogotá, D.C. (Colombia)

Colaboradores Externos Internacionales

Núm. 7, Año 2014

enero-diciembre, pp. 309-324.

ISSN 1794-600X

Las tensiones suscitadas entre estas dos visiones del derecho emergen por los límites establecidos por la constitución y la ley a la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas.

En la presente investigación se desarrolló un análisis de las algunas sentencias proferidas por la Corte Constitucional donde se evidencia este tipo de tensiones. Para complementar la descripción del problema, se realizó un trabajo de campo en tres comunidades de la Guajira, con el objetivo de tener un acercamiento a sus normas de control social y evidenciar cómo estas en alguna forma traspasan los límites establecidos por los derechos fundamentales consagrados en la Constitución política de 1991.

Como objetivo general se propuso determinar los conflictos existentes entre los postulados de los Derechos Humanos con las tradiciones jurídicas de las comunidades indígenas bajo un análisis jurisprudencial. Para hacer realizable el propósito de la investigación, fue necesario plantear los siguientes objetivos específicos: la realización de un análisis jurisprudencial acerca de las decisiones de las comunidades indígenas que vulneran o no derechos fundamentales; aunado a la elaboración de un trabajo de campo en la comunidad indígena Wayuu, en las rancherías La Loma, Irrachón y Palashimana, a fin de determinar la aplicación de su derecho propio dentro de su territorio.

Respecto a la metodología empleada, inicialmente se parte de una recopilación

Orienta la cátedra de Seminario de Investigación y la electiva de Derechos Humanos. Líder del grupo de investigación análisis jurídico, reconocido por Colciencias. Adscrita al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, y con investigaciones culminadas en el ámbito jurídico y pedagógico y conocimiento especializado en derechos autorales. Ha publicado los siguientes libros: Metodología de la Investigación Socio jurídica. Derechos de autor en el ámbito universitario. Pedagogía del derecho en el siglo XXI. La Prejudicialidad en el sistema jurídico colombiano. La eficacia de la Corte Penal I/Nal ante la vulneración de los D.D.H.H.

b. Licenciado en Filología e Idiomas con énfasis en alemán de la Universidad Nacional. Abogado de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre y candidato a Magister en Filosofía del Derecho de la misma Universidad. Miembro del grupo de investigación Análisis Jurídico, reconocido por Colciencias. Actualmente se desempeña como investigador auxiliar de la facultad de derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca y como abogado en el sector financiero. Sus campos de investigación cubren los temas de Pluralismo Jurídico y Derechos Humanos.

documental basada en teorías y jurisprudencias para puntualizar en la casuística propuesta en el trabajo de campo en las poblaciones indígenas y así, establecer las tensiones que surgen entre la justicia ordinaria y el derecho propio indígena, en el estudio jurisprudencial y en el trabajo de campo.

PALABRAS CLAVES

Derecho propio indígena – Multiculturalismo – Pluriétnico – Tensiones – Derechos Humanos – Línea Jurisprudencial – Expresión Cultural – Diversidad Étnica – Límites a la Jurisdicción Indígena - Justicia Wayuu.

ABSTRACT

The problem that attracts the interest on this research has a particular axis: The clash between the world view of a majority with the worldview of a minority. Raised by the limits imposed by a majority represented by the dogmatic worldview of Human Rights, conquest of Western culture, which has been accepted globally, for the vast majority of countries on the planet. The other worldview, the "minority" is what is represented by the Proper Law of Indigenous People. Tensions raised between these two visions of law emerge by the limits set by the constitution and the law to the jurisdictional autonomy of indigenous people.

In this research the development of an analysis of some judgments issued by the Constitutional Court where such tensions evidence. To complete the description of the problem, a field study was conducted in three communities in the Guajira, in order to become acquainted with their rules of social control and show how these are in any way beyond the limits set by the Fundamental Rights enshrined in the 1991 Constitution.

As a general purpose, was to set out the existing conflicts among the postulates on Human Rights with juridical traditions of indigenous communities under a jurisprudential analysis. To achieve the aim of the investigation it was necessary to consider the following specific objectives: to carry out a jurisprudential analysis about the decisions of indigenous communities that violate or not Fundamental Rights; combined with a field work in the Wayuu indigenous community, in the small villages of La Loma,

Irrachón y Palashimana, to define the application of their own right inside their territory.

In relation to the methodology used, initially departs from a documentary review based on theories and precedents to specify in the casuistry recommended in the field work in indigenous communities, in such a way to establish the tensions that raise between ordinary justice and the indigenous Proper Law, in the jurisprudential study and in the field work.

KEYWORDS

Multiculturalism - Indian multiethnic own right - Tension - Human Rights - Jurisprudential Line - Cultural Expression - Wayuu Justice.

RESUMO

O problema que desperta o interesse desta pesquisa tem um eixo específico: o embate entre a visão de mundo de uma maioria comum e a visão de mundo de uma minoria. Suscitada pelos limites impostos por uma cosmovisão maioritária representada pela dogmática dos direitos humanos, conquista da cultura ocidental, aceita globalmente pela grande maioria dos países do planeta. A outra visão de mundo, a "minoría", constitui-se no próprio direito dos povos indígenas.

As tensões originadas destas duas visões do Direito emergem pelos limites fixados pela Constituição e pela lei da autonomia jurisdiccional dos povos indígenas.

A presente pesquisa analisou algumas sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional em que há evidência deste tipo de tensão. Para complementar a descrição do problema,

um trabalho de campo foi realizado em três comunidades de La Guajira, a fim de se obter uma abordagem das suas regras de controle social e evidenciar como estas, de alguma forma, atravessam os limites dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Política de 1991.

O objetivo geral foi o de determinar os conflitos entre os princípios dos direitos humanos com as tradições jurídicas de comunidades indígenas, sob uma análise jurisprudencial. Para viabilizar a finalidade da investigação, foi necessário definir os seguintes objetivos específicos: a realização de uma análise jurisprudencial das decisões das comunidades indígenas que violem os direitos fundamentais ou não; juntamente com o desenvolvimento de um trabalho de campo na comunidade indígena Wayuu, nas aldeias La Loma, Irrachón e Palashimana, para determinar a aplicação da sua própria lei no seu território.

Quanto à metodologia, inicialmente foi feita uma compilação documental com base em teorias e jurisprudência, para apontar no trabalho de campo, na proposta casuística, nas populações indígenas e, assim, estabelecer as tensões que surgem entre a justiça comum e o próprio direito indígena, no estudo de jurisprudência e no trabalho de campo.

PALAVRAS-CHAVE

Direito próprio indígena; multiculturalismo; multiétnica; tensão; direitos humanos; linha jurisprudencial; expressão cultural; diversidade étnica; limites sobre jurisdição indígena; justiça Wayuu.

INTRODUCCIÓN

(Registro fotográfico 1) ¹



1 Reunión de palabreros en Uribia. Los registros fotográficos que aparecen en la presente investigación, fueron tomados por los investigadores durante el desarrollo del trabajo de campo.

Por cada grupo indígena existe un sistema de derecho; un conjunto de normas que se adecuan al modo de concebir la realidad, de acuerdo a sus esquemas de pensamiento. El derecho como expresión cultural, ha sido reconocido y protegido por las leyes fundamentales de la República. La existencia del otro es tolerada, dejando atrás los intentos de una actividad civilizadora, difundida desde los tiempos del descubrimiento.

Aquel derecho, el desconocido, el no difundido, el ignorado, también converge simultáneamente dentro del territorio nacional. Hace parte de la diversidad, la multiplicidad de cosmovisiones, de otras formas de concebir los fenómenos que giran alrededor de nuestro entorno, otra forma de percibir la realidad, de interpretarla, valorarla y sentirla.

La Constitución Política de 1991 reconoció el campo de la diversidad. Después de largos años de desconocimiento del pluralismo y de la riqueza cultural de nuestra nación, se comenzaron a proteger las múltiples cosmovisiones y desarrollos culturales propios.

El derecho corresponde a una de esas manifestaciones culturales que está protegida por

la Constitución, la cual ha reconocido la autonomía jurídica de los pueblos indígenas, al establecer que estos podrán ejercer funciones jurisdiccionales de conformidad con sus propios usos y costumbres. (Artículo 246 de la Constitución Política de Colombia).

A pesar de este reconocimiento al derecho propio indígena, aunado al derecho a la autonomía otorgada a las autoridades tradicionales para su ejercicio dentro de sus territorios, la Carta Magna ha limitado dicho ejercicio, rechazando todos aquellos actos que en nombre de la autonomía indígena se ejerzan en contra de la constitución y las leyes de la República. Es aquí donde los postulados básicos de los derechos humanos, empiezan a chocar con las prácticas ancestrales de los grupos indígenas al momento de administrar justicia.

De esta manera formulamos el siguiente problema de Investigación: los D.D.H.H. y los postulados de la Constitución Política de Colombia no han sido suficientes para el total y real reconocimiento de los derechos propios de los indígenas en Colombia.

Por lo tanto esta investigación responderá a dos importantes preguntas: Primera, ¿Cuáles

son las tensiones generadas por el choque de la visión jurídica mayoritaria representada por los derechos humanos y la visión jurídica minoritaria representado por el propio derecho indígena? Segunda, ¿Cuál es el tratamiento jurisprudencial de la Corte constitucional al momento de dirimir las tensiones suscitadas entre los D.D. H.H. y el Derecho propio indígena?

METODOLOGÍA DEL PROYECTO

Respecto a la metodología empleada, inicialmente se parte de una recopilación documental basada en teorías y jurisprudencias para puntualizar en la casuística propuesta en el trabajo de campo en las poblaciones indígenas y así, establecer las tensiones que surgen entre la justicia ordinaria y el derecho propio indígena, en el estudio jurisprudencial y en el trabajo de campo.

Está investigación se realiza con el grupo de investigación denominado Análisis Jurídico, reconocido por COLCIENCIAS en categoría D. El proyecto de investigación por su envergadura Jurídica Política y Cultural se enmarca en las dos líneas institucionales establecidas por la Facultad de Derecho de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca denominadas: Derecho, Sociedad y Cultura Jurídica y Derecho penal y estándares internacionales.

La Constitución Política y la Autonomía Jurisdiccional Indígena

La consagración de la autonomía legislativa y jurisdiccional establecida no es total. Sus límites reposan en la constitución y en la ley. Estos límites son los que han generado una variedad de conflictos jurídicos interpretativos cuando el Juez se enfrenta con el choque de varios principios constitucionales que podrían encontrarse en un mismo rango de importancia.

Por ejemplo, si la utilización del fuele o del cepe por parte de la comunidad Páez, utilizada como castigo simbólico y enraizada en su concepción del mundo, manifestación clara del principio de la diversidad étnica y cultural, viola el derecho fundamental a la vida o a la integridad física de la persona que recibe el castigo.(CConst, T 523/97 C. Gaviria); o si la expulsión de un miembro de la comunidad, del resguardo indígena donde habita, viola la prohibición del destierro

establecida en la constitución.(CConst T 254/94. E. Cifuentes).

Para citar otro caso, el Juez se ha enfrentado con el problema de establecer si la expulsión de los miembros de una comunidad evangélica de su resguardo, y la sanción a un grupo de indígenas que profesan la religión evangélica, viola el principio de la libertad de cultos. (CConst SU 510 /98).

Tales embates jurídicos han sido promovidos gracias a la interposición de la acción de tutela por los mismos miembros de las comunidades indígenas. Su resolución ha permitido a la Corte Constitucional desarrollar una línea jurisprudencial sentando precedentes importantes sobre los principios de interpretación, basados en el concepto de ponderación de derechos, que le permiten al juez de la república guiar su razonamiento a la hora de promulgar un fallo donde se involucre este conflicto de derechos.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En este apartado nos centraremos en el análisis realizado de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en donde se suscitan las tensiones entre el derecho estatal y el indígena, debido inicialmente a la imposición de límites.

Hemos adoptado la metodología de las líneas jurisprudenciales formulando el siguiente problema jurídico: ¿Qué tipo de decisiones normativas proferidas por una comunidad indígena vulneran, o no, Derechos Fundamentales, a juicio de la Corte Constitucional?

Para ello procedernos a explicar el planteamiento metodológico y posteriormente ilustrar los apartados más importantes de algunas de estas sentencias, en donde emergen las tensiones de dos visiones particulares del derecho.

La finalidad de adoptar una metodología para el análisis jurisprudencial tiene como objeto, de una parte, centrar nuestro trabajo en los aspectos más relevantes de las jurisprudencias constitucionales que permitan establecer las tensiones suscitadas entre los derechos humanos y el derecho propio indígena. Se busca encontrar un orden, una forma con la que no llegemos a

dispersiones al momento del desarrollo analítico propuesto.

Dado el alcance y la importancia que ha tenido el concepto de precedente jurisprudencial en nuestro país, pretendemos así mismo realizar una línea jurisprudencial, la cual, tomada como propuesta metodológica, nos sirve como herramienta para establecer un problema jurídico que encabece la línea.

Para esta metodología, basada en los conceptos de líneas jurisprudenciales, tomamos como referencia apartes de la propuesta del profesor Diego López Medina, en su libro *El Derecho de los Jueces*.

No pretendemos hacer un uso estricto de lo planteado por el doctor López, queremos dejar algo de flexibilidad al estudio de las jurisprudencias abordadas. Es claro que esta investigación no se centra en un estudio de líneas jurisprudenciales de acuerdo con lo establecido por este autor. Se trata de una herramienta metodológica, más no del ejercicio de su aplicación estricta.

En “el Derecho de los Jueces” se plantean dos tipos de análisis jurisprudenciales. El primero de ellos denominado *La línea jurisprudencial: análisis dinámico de precedentes* y el segundo *análisis estático del precedente jurisprudencial*; A continuación destacaremos el rasgo más significativo del primero.

La Línea Jurisprudencial: Análisis Dinámico De Precedentes

(Registro fotográfico 2) ²



² Festival Wayuu en Uribia con participación de los palabrerros.

El método para la construcción de líneas jurisprudenciales es denominado por el profesor López como: *análisis diacrónico y estructural*. Cuyos pasos los podemos sintetizar de la siguiente forma:

Como un primer paso, está la formulación del problema jurídico como encabezamiento de la línea. El Problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y

que el investigador está tratando de resolver mediante la estructuración compleja de varios pronunciamientos judiciales y de la relación de estos con los otros materiales normativos (tales como textos constitucionales y legales). (López, 2000, p 60).

Así mismo, el autor advierte, que no se deben realizar líneas jurisprudenciales conceptualistas, esto es, que un derecho tan general como el

debido proceso, no debe encabezar una línea jurisprudencial. Esto se refiere a la formulación del problema jurídico. Mucho más adecuado resulta formular problemas jurídicos en los que se mencione algún “derecho”, “texto” o “artículo” constitucional pero vinculado con patrones fácticos que traten de reunir los hechos materiales del caso. (López, 2000, p 61).

Una vez se estructure y delimite el problema jurídico como encabezamiento de la línea se procederá a identificar las sentencias relevantes dentro de la línea, para con ello construir teorías estructurales (narraciones creíbles) que permitan establecer la relación entre los pronunciamientos constitucionales. Un cuarto paso es graficar la línea jurisprudencial, lo cual permite identificar patrones de cambio decisional. Como etapa final tenemos la labor de determinar la existencia de un patrón de desarrollo decisional.

De lo anteriormente expuesto se pretende la construcción de una línea jurisprudencial, es decir, la formulación de un problema jurídico, en el cual se identifiquen las sentencias de la Corte Constitucional que resuelven el problema planteado.

Problema jurídico que Encabeza la Línea

De acuerdo con el objetivo planteado en la investigación, a fin de determinar las tensiones que se suscitan entre los derechos humanos y

el derecho propio indígena, hemos procedido a formular el siguiente problema jurídico:

¿Las decisiones adoptadas por las comunidades indígenas en ejercicio de su función jurisdiccional vulneran los derechos fundamentales?

Para resolver esta pregunta graficamos las dos vertientes que surgen de ella. Por una parte señalamos las sentencias en las que la Corte Constitucional considera vulnerados los derechos fundamentales por parte de las autoridades indígenas en ejercicio de su función judicial; en la otra vertiente, se señalan las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha dicho que las decisiones proferidas por la jurisdicción indígena no vulneran los derechos fundamentales de los individuos.

Se destaca que los pronunciamientos de la Corte tienen como origen la interposición de acciones de tutela por parte de miembros de las comunidades indígenas, quienes consideran que las “sentencias”³ indígenas están vulnerando sus derechos individuales fundamentales.

3 La palabra está entre comillas, por cuanto debe ser objeto de estudio determinar si las decisiones con relevancia para el derecho adoptadas por las autoridades tradicionales, se les puede llamar sentencias. El manejo de las categorías deberá realizarse con detenimiento a fin de no caer en los mismos conceptos desarrollados por el derecho nacional (hegemonico-universal-occidental).

Decisiones judiciales proferidas por la comunidad indígena que vulneran los derechos fundamentales	Decisiones judiciales proferidas por la comunidad indígena que no vulneran los derechos fundamentales
<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T – 254 de 1994 (Confiscación) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T – 254 de 1994 (Destierro)
<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T-349 de 1996 (Principio de legalidad de la pena) 	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T 523 de 1997 (Debido proceso. Sanción penal. Fuede) • Sentencia SU 518 de 1998 (Libertad de Cultos) • Sentencia T-812 de 2011 (Non bis in idem)

La anterior grafica muestra decisiones constitucionales que resuelven el problema jurídico planteado. Hemos tomado estas sentencias por considerarlas de mayor relevancia. Queremos resaltar la posición que tiene la sentencia T-254 de 1994, que como se observa está graficada en los dos vertientes decisionales; esto se debe a su propio contenido. En ella la Corte consideró que la confiscación, como sanción impuesta por las autoridades tradicionales, vulneraba los derechos fundamentales, mientras que el destierro, no atentaba contra ellos.

A continuación esbozaremos los hechos relevantes y la decisión proferida por la Corte en la sentencia T - 523 de 1997.

Sentencia T- 523 de 1997 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz - Debido Proceso, Sanción Penal - Fuede

Hechos Relevantes

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló. Dos días después, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de *"investigar y sancionar a los responsables de este asesinato"*.

El primer paso fue ordenar la aprehensión de Francisco Gembuel y cinco personas más, a quienes se acusaba de haber propiciado la muerte del alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancur estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribío, para evitar posibles venganzas contra ellos.

Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, con el argumento de que las autoridades indígenas habían desconocido, en la investigación, la circunstancia de que el grupo guerrillero era el culpable del asesinato del Alcalde, pues citaron a la Asamblea para rendir su informe con anterioridad a la publicación del comunicado.

Sostiene, además, que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, circunstancia que hace presumir una decisión arbitraria y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta porque, en su opinión, no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los Cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente.

Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fuede, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción y posponerla para el 10 de enero de 1997.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao el 8 de enero de 1997 concedió la tutela al actor. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal de Francisco Gembuel. Ordenó, en consecuencia, dejar sin efectos el acta N° 1 de diciembre 24 de 1996 y reabrir la investigación realizada por las autoridades indígenas, garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena.

Los argumentos que sustentan su decisión pueden resumirse así:

1. La respuesta de la comunidad en el sentido de no permitirle al demandante ser defendido por un abogado, viola la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución. Este

derecho no puede ser tenido en cuenta sólo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales.

2. El demandante no tuvo la oportunidad de conocer el acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra él.

3. La pena que le impuso la comunidad a Francisco Gembuel (60 fuetazos) constituye una práctica de tortura, porque se trata de 'un acto que causa a otro dolor y sufrimiento grave, física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo. La tortura, de acuerdo con la sentencia T- 349 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, constituye uno de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

Problema Jurídico

La Corte introduce el problema esbozando las características particulares de la justicia Páez así:

Para los Paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el *"yacska te' c'indate tenge'a mecue"* o "rastros que dejan los mayores", pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y *"encontrar la mentira en la palabra de los acusados"*.

Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y, si es el caso, imponer las

sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, - pues sus decisiones están basadas en el *"us yacni"* (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro -, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no solo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro, y al acusado de reincidir.

Los castigos más usuales entre los Paeces son: el fuate, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fuate y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un *"perrero de arriar ganado"*, aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio: el rayo, que es pensado por los Paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador.

El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo. *"Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción"*. Tal situación se explica porque, en la tradición Páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

En cuanto al derecho de defensa, que el actor asume como violado por la negativa de la comunidad de permitirle ser asistido por un abogado, la Corte aclara que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que

adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad en Jambaló. Por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y, además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

Igualmente, en la sentencia mencionada, manifiesta la Corte:

La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

Solución del caso concreto. La Tensión de Derechos

Para la Corte la sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, *se exige el máximo respeto*.

Las únicas restricciones serían, según la Corte, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entra a analizar en relación con la práctica del fuste, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

En relación con las penas corporales que impone una comunidad indígena, la Corte señala que ya existe un antecedente jurisprudencial de esta Corporación. En la sentencia T-349 de 1996, tantas veces citada, se aceptó la práctica del cepo en la comunidad Emberá - Chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que bien pueden extenderse a la práctica de fuste dentro de la comunidad Páez.

Para la Corte el fuste consiste en la flagelación con "*perrero de arriar ganado*", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los Paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo: el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "*humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno*", porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los Paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.

Visto el anterior análisis, procederemos a exponer los aspectos más generales del trabajo de campo, realizado con la comunidad indígena Wayuu, en el departamento de la Guajira.

Aspectos Generales Del Trabajo Desarrollado En Campo

(Registro fotográfico 3)



Con las autoridades indígenas. Al fondo su telar de artesanías Wayuu.

Este trabajo parte de la necesidad de exponer y dar a conocer la información recolectada, para ello se consigna las apreciaciones que se pudieron realizar a través del trabajo de observación, entrevistas y aplicación de encuestas que se realizó en las comunidades indígenas Wayuu.

Departamento: Guajira, Municipio: Riohacha, Rancherías Seleccionadas: La Loma, Irrachon y Palasimana.

Como aspectos generales a tener en cuenta del trabajo desarrollado en campo se consideraron los siguientes: Percepción del derecho indígena wayuu con respecto a la legislación colombiana entre la población consultada; las prácticas culturales con respecto a lo jurídico en el pueblo Wayuu y las decisiones adoptadas por la comunidad Wayuu para la resolución de conflictos, que sobrepasan los límites establecidos por la Constitución a la autonomía indígena.

La población consultada hace parte del municipio de Riohacha, y comprende tres comunidades conocidas como Rancherías en ese orden tenemos: La loma, Irrachon y Palashimana, donde se realizaron entrevistas de tipo grupal, aplicando los instrumentos metodológicos, que se sugieren para este tipo de actividades.

En estas comunidades existe un conocimiento real sobre la coexistencia entre el derecho propio indígena y el nacional dentro de su territorio. Las tensiones que se presentan se dan cuando se

desconoce la normatividad existente al interior de las comunidades para la resolución de conflictos de cualquier índole.

De acuerdo a lo expuesto por los integrantes de cada una de estas comunidades, se pueden extraer las siguientes apreciaciones:

Los Conflictos y Faltas en la Comunidad

El tipo de conflicto que se presenta con mayor frecuencia en las comunidades consultadas es el robo de animales de cría como: Chivos, ovejos o vacas. Esto, según su propia explicación, se debe a que la población ya no es uniforme, hay mucha población fluctuante que no pertenece a la población Wayuu, así como la pérdida gradual de las directrices culturales basadas en la solidaridad y relación armónica con las castas existentes.

Los causantes de los conflictos son sancionados acorde a la característica de la falta cometida, al interior de la comunidad se habla de faltas y no de delitos. La sanción puede ser el pago mediante especies animales como el chivo, el ovejo u otros que la familia del agresor posea. Actualmente es mayor la utilización del dinero como medida de tasación de la sanción.

En años anteriores se impuso la sanción del destierro y se dejaba en manos de la familia agredida al agresor si su comportamiento era reiterativo, para que hiciesen con él lo que considerarán mejor. Aquí se puede observar cómo

este tipo de sanciones podrían vulnerar derechos fundamentales.

Cuando el comportamiento de algunos de sus miembros se sale de la capacidad de resolución del derecho propio, es decir de la *enramada*, se recurre a la Secretaría de Asuntos Indígenas Municipal que tiene unos mediadores quienes siempre buscan que los conflictos se manejen y se resuelvan de la mejor manera. Generalmente estos conflictos tienen que ver con homicidios, robo continuo de ganado, o uso de la fuerza por alguna de las dos familias.

Por último, cuando no hay otra vía para resolver un conflicto que involucre muertos o derramamiento de sangre, se forman las llamadas guerras entre clanes; sin embargo, estos casos cada día son menos frecuentes en el pueblo Wayuu debido a que sus miembros sienten aprecio por la vida y la integridad familiar.

Las compensaciones en dinero o especie son proporcionales a la gravedad de la falta. Al homicidio se le llama *noutirruy*, éste es considerado como una falta grave y la compensación sería mucho mayor que un simple robo.

Las indemnizaciones por cada falta pueden tasarse de la siguiente manera:

a. Homicidio: Collares de tuma (piedras preciosas antiguas), 100 chivos, 10 cabezas de ganado, mula o caballo, si los hay, 100 ovejos, armas, si las hay, y dinero, 20 millones.

b. Robo: Acorde a la cantidad hurtada. Quien es sorprendido en flagrancia fácilmente puede ser muerto por los propietarios de las cosas que se pretenda hurtar.

c. Riñas: Conforme al acto que genere la riña, si hubo derramamiento de sangre la compensación puede ser mayor, generalmente 10 chivos u ovejos.

En cuanto al homicidio es conveniente aclarar que el pago de la compensación asegura que no haya fricciones entre las familias y no se llegue a extremos. Se tiene en cuenta el carácter y comportamiento tanto del homicida como el de la víctima; si en las conversaciones entre los palabreros coinciden en que tanto el homicida como la víctima actuaron de mala fe la

compensación será equilibrada, si se comprueba que el homicida actuó con sevicia se mantendrá el monto fijado, así a la familia del homicida le parezca demasiado alta.

El Palabrero, Las Figuras de Autoridad y El conocimiento de la Normas

La persona encargada de dirimir o resolver los conflictos al interior de una comunidad determinada es el *palabrero* que puede ser a su vez autoridad tradicional como gobernador del cabildo.

El palabrero emerge como la figura central de la justicia Wayuu. Funge como conciliador que acerca a las partes del conflicto, obra en su representación, busca vías de solución e incluso determina los montos de las indemnizaciones que deben ser pagadas por la familia o grupo transgresor.

Este no es elegido por su comunidad, son las mismas circunstancias dadas por los conflictos las que definen quién puede ser el palabrero. Quien asume el papel de palabrero debe reunir ciertos requisitos o condiciones: Debe ser mayor de edad; dominar la lengua; saber explicar y saber darse a entender; ser sereno y dar ejemplo de su comportamiento en la comunidad.

El Palabrero junto con la Autoridad Tradicional y El Gobernador del Cabildo, son figuras de autoridad reconocidas por la comunidad. El Gobernador investido de autoridad no hace parte de la tradición ancestral de los Wayuu. Este concepto fue desarrollado por las Leyes de la Nación. Su presencia ha logrado integrarse a la dinámica actual del discurso reivindicativo de los pueblos indígenas del país.

La Autoridad Ancestral, reconocida y descrita por los entrevistados, es definida como el *Alaula* (Anciano de la comunidad) quien es el mismo palabrero, o autoridad tradicional, en el contexto actual.

Cuando un conflicto no logra ser resuelto en primera instancia por la autoridad de la *enramada*, es decir, por el palabrero, y tampoco por la Secretaría de Asuntos Indígenas Municipal, algunos de los involucrados en el conflicto recurren a la Fiscalía. Esto se da más que todo cuando hay un desconocimiento de las normas

que rigen la cultura, o simplemente cuando se quiere evadir de la responsabilidad pecuniaria que puede acarrear el comportamiento de los agresores.

También se ve como un medio para que su problema sea resuelto, debido a que las anteriores instancias no lo pudieron lograr. Además, en ocasiones, al acudir a la Fiscalía se busca coerción para que se cumpla lo pactado por las partes, para que se paguen indemnizaciones o para evitar las guerras entre clanes.

El conocimiento de las normas que regulan la conducta de los miembros del pueblo Wayuu, en palabras de las tres autoridades presentes en la entrevista, es algo que se da mediante el aprendizaje cotidiano. Esta actividad se basa en las conversaciones de los mayores, donde al niño se le aconseja escuchar cada palabra proferida por las autoridades, él debe estar presente en las reuniones que se organizan para resolver conflictos. Generalmente el Palabrero lleva un acompañante para que vaya aprendiendo sobre los conflictos gestados y la manera de dirimirlos.

La Justicia Propia no es objeto de enseñanza en las escuelas donde se aplica el sistema etnoeducativo. Para los entrevistados existe un distanciamiento entre los contenidos que se imparten en las aulas de clase y las directrices culturales que rigen la vida wayuu, incluyendo el sistema normativo, por lo que proponen que en estas escuelas o colegios, con carácter etnoeducativo, se designen palabrerros que se centren en la enseñanza de la justicia propia Wayuu.

Prácticas Culturales de la Justicia propia Wayuu

Entre las prácticas y costumbres que se aplican en el pueblo wayuu con respecto a lo normativo, tomando como referencia esta muestra de la población representada en tres comunidades, encontramos una preferencia por el uso de la Justicia Wayuu. Esto en cuanto a la aplicación de la normatividad existente, la cual es de uso cotidiano y se practica en todas las comunidades que hay en estos momentos.

Son pocos los conflictos que son llevados a la jurisdicción ordinaria porque se considera que, lejos de resolver los problemas, lo que

hace es agudizarlos, presentándose incluso un agravamiento en las relaciones de los miembros de una comunidad sobre la otra. Se garantiza el uso de esta normatividad porque se considera que son la herencia que dejó Maleiwa (Dios) para que sus hijos pudieran reproducirse social y culturalmente a lo largo de los años.

En cuanto a las prácticas culturales de la justicia propia Wayuu encontramos:

a) El uso de la enramada cotidianamente como espacio de recibimiento de visitas y de resolución de conflictos.

b) La conversación de los mayores, ancianos, palabrerros y autoridades que los niños escuchan en las comunidades.

c) La narración oral, centrada en consejos para no repetir las experiencias de otras personas. La interpretación de los sueños, que ponen en alerta lo posibles conflictos entre las familias.

d) El uso de la figura del palabrero, como el mediador en la resolución de los conflictos.

e) El reconocimiento de las normas existentes, a través del aprendizaje de generación en generación.

f) La compensación en dinero u especie como forma de subsanar la falta acontecida.

g) La guerra entre familias, si la circunstancia lo amerita.

h) La proporcionalidad existente la tasación de la compensación y la gravedad de la acción realizada.

i) El uso de la lengua Wayuu en las conversaciones de resolución de conflictos; se piensa que quien no la hable no está capacitado para ser palabrero, su palabra pierde fuerza.

j) El uso o acercamiento a las instancias de la justicia *arijuna* como último recurso.

Entre quienes aportaron con sus voces en la entrevista grupal realizada se encuentran las siguientes autoridades tradicionales:

Remedio López Epiayu (comunidad palashimana); José María Bonivento Sijona (comunidad la loma); Carlos Pushaina (comunidad Irrachon).

CONCLUSIONES

Relativas al trabajo de campo. Aportes significativos a la investigación de trabajo de campo

Del trabajo de campo realizado en las tres rancherías visitadas, incluida la junta de palabrerros, de su observación, intercambio y análisis de la información recolectada, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Los Indígenas Wayuu no acuden a la justicia ordinaria por desconocimiento y poca efectividad de la misma, por evitar la tramitología, porque no saben leer y escribir, porque les genera pérdida de tiempo y dinero, porque no creen en la justicia blanca, o simplemente desconfían de ella, además se han percatado que al acudir a las instituciones estatales, tales como la fiscalía o la policía, en conflicto suscitado puede, incluso, agravarse.

La Autoridad ancestral reconocida y descrita por los entrevistados, es definida como el *Alaula* (Anciano de la comunidad), quien es el mismo palabrero o autoridad tradicional en el contexto actual. Este no es elegido por su comunidad, son las mismas circunstancias dadas por los conflictos, las que definen quién puede ser el palabrero. Quien asume el papel de palabrero debe reunir ciertos requisitos o condiciones: debe ser mayor de edad; dominar la lengua; saber explicar y saber darse a entender; ser sereno y dar ejemplo de su comportamiento en la comunidad.

Las personas en general, los adultos mayores, acuden al palabrero y no conocen las instancias y competencias de la justicia ordinaria, por todo lo descrito anteriormente.

El Palabrero es una persona (no siempre son los mayores) distinguida por sus actitudes de conciliador, que son innatas, y la experiencia que adquieren de sus ancestros: padres, abuelos u otros.

Es relevante preguntarnos: ¿Cómo se hace el palabrero? ¿Cuáles son sus características? ¿Y cuál es la fuerza en sus decisiones en la resolución de conflictos? Vemos que no existen condiciones o requisitos para la elección del palabreo, generalmente, son reconocidos por parte de la comunidad, como aquellos que gozan de una mayor elocuencia, de un don para conciliar y para

determinar las indemnizaciones frente a cada caso en concreto.

El mayor conflicto que se presenta en las comunidades visitadas es por el robo de animales, le sigue el conflicto entre clanes: llamadas disputas interclaniles.

Relacionadas con la jurisprudencia

La sentencia T 349 de 1996 de la Corte Constitucional constituye uno de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas, en cuanto establece que el fuete es una de las prácticas de tortura porque se trata de un acto que trata dolor y sufrimiento grave, físico y emocional. La justicia ordinaria rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, en tanto que algunas comunidades indígenas la consideran como un elemento purificador que libera de la falta al imputado.

La Tutela 380 de 1993 de la Corte Constitucional, conforme al espíritu de protección de la diversidad étnica y cultural, indica que, el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas adquiere el carácter de fundamental; y se responde afirmativamente, pues el territorio es de vital importancia para la conservación de su cultura y tradiciones. De aquí surge la regla dogmática que se esboza así: “el derecho de propiedad colectivo de los grupos étnicos tiene carácter fundamental”.

El profesor Camilo Borrero ha señalado en su trabajo de jurisprudencial constitucional la siguiente subregla dogmática: Las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, del cual se deduce directamente el del derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia.

El principio de la Diversidad étnica y cultural de la nación colombiana se deriva de la aceptación de la existencia de comunidades con raíces ancestrales y formas distintas de concebir la vida y el mundo. Es la base para la aceptación del otro sujeto, bajo el entendido de lo multicultural, dejando atrás el intento de la monoculturización, ya trabajada desde la conquista mediante el repudio de lo distinto.

En estas comunidades existe un conocimiento real sobre la coexistencia entre el derecho propio

indígena y el nacional dentro de su territorio. Las tensiones que se presentan se dan cuando se desconoce la normatividad existente al interior de las comunidades para la resolución de conflictos de cualquier índole.

Del artículo 246 de la Constitución Política se extraen cuatro elementos centrales de la jurisdicción especial indígena: i) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. ii) La potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios. iii) La sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley. iv) La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Relacionadas con las tensiones mismas, respecto a su surgimiento y solución

Las tensiones que se suscitan entre la jurisdicción nacional y el derecho propio, son generadas por la misma concepción que se tiene respecto de la visión de mundo. Los derechos humanos obedecen a una visión universal, enmarcada en una tradición occidental de carácter liberal, el derecho propio se enmarca en las tradiciones y cosmovisiones de cada comunidad.

La Corte Constitucional ha entendido la importancia de la pluralidad y acepta las formas propias de hacer justicia de los pueblos indígenas, sin embargo, ha dejado claros los límites de esta autonomía, frente a los cuales cualquier decisión de la autoridad tradicional que los sobrepase, sería una decisión *contra legem*.

Las tensiones entre estas dos formas de administrar justicia, la nacional y la tradicional, plantean nuevamente la necesidad de una ley de coordinación entre la rama judicial y las autoridades indígenas.

Existen muchas debilidades en las autoridades indígenas para resolver los conflictos que se presentan al interior de la comunidad, lo que lleva a sus individuos a acudir a las instituciones nacionales. No existe una política pública de capacitación, fortalecimiento y seguimiento a las autoridades tradicionales. Tampoco hace parte de las escuelas etnoeducativas.

Relacionadas con los Derechos Humanos

Los derechos humanos imponen los límites mínimos al principio de maximización de la autonomía jurisdiccional indígena, ninguna decisión adoptada por las autoridades tradicionales, puede vulnerar el derecho a la vida, justificar la tortura ni la esclavitud o la servidumbre.

La legalidad mínima, por aplicación constitucional, emanada del Art. 246 de la Constitución Política, es también un límite, y se entiende como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades.

BIBLIOGRAFÍA

- Arbeláez. L. (2004) *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Jurídico Nacional*. Guatemala. Consejo Superior de la Judicatura.
- Benito. C. (2003) *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*. Madrid. Editorial Universitat.
- Borrero. C. (2003) *Multiculturalismo y Derechos Indígenas*. Bogotá, D.C. Ediciones Anthropos Ltda.
- Castro, S. (2002) *La poscolonialidad explicada a los niños*. Bogotá: Editorial Universidad del Cauca. Instituto pensar, Universidad Javeriana.
- CECOIN y OIA (2008) *La Tierra contra la Muerte. Conflictos Territoriales d e los Pueblos Indígenas de Colombia*. Bogotá, D.C. Ediciones Anthropos.
- CONAIE (2007) *Somos Hijos del Sol y de la Tierra Derecho Mayor de los Pueblos Indígenas de la Cuenca Amazónica*. Ecuador. Manthra Editores.

- DANE (2007) *Colombia una Nación Multicultural*. Bogotá, D.C. Departamento Nacional de Estadística.
 - Defensoría del Pueblo. (2001) *Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá.
 - Defensoría del Pueblo. (2001) *Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario Y Derecho Penal Internacional*. Bogotá.
 - FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER (2006) *Seminario de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Sistema Jurídico Oficial*. México. Fundación Konrad Adenauer de México.
 - Gómez. H. (2000) *De la justicia y el poder indígena*. Popayán: Editorial universidad del cauca.
 - Londoño. B. (2004) *Función Ecológica de la Propiedad en los Resguardos Indígenas de Colombia*. Bogotá, D.C. Universidad del Rosario.
 - López, D. (2000). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Uniandes.
 - Morales. O. (2007) *Derecho Precolombino. Raíz del Nacional y del Continental*. Bogotá, D.C. Academia Colombiana de Jurisprudencia.
 - Morales. P. (2010) *Los Idiomas de la Reetnización*. Bogotá, D.C. Universidad Nacional de Colombia.
 - O.N.I.C. y C.S.J. (2006) *Compilación y Selección de los Fallos y Decisiones de la Jurisprudencia Especial Indígena 1980 2006*. Bogotá, D.C. Legis S.A.
 - ONIC. (2007) *Derechos de los Pueblos Indígenas y Sistemas de Jurisdicción Propia*. Bogotá, D.C. Editorial Bochica.
 - Paz. E. (2004) *Investigación Cualitativa en Investigación. Fundamentos y Tradiciones*. Madrid.
 - Perafán. C. (1995) *Sistemas jurídicos Páez, Kogui, Wayuu y Tule*. Bogotá: Colcultura. Instituto Colombiano de Antropología.
 - Perafán. C. (1995) *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuani*. Bogotá: Colcultura. Instituto Colombiano de Antropología.
 - Pérez. J. (2004) *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá, D.C. Editorial Temis S.A.
 - Amparo. G. (2010) *La Consulta Previa con Pueblos Indígenas y Comunidades Afrodescendientes en Colombia*. Bogotá, D.C. Universidad del Rosario.
 - Ramos G. (2011) *Constitución Política de Colombia*. Ediciones Nueva Jurídica.
 - Rojas, F. (2001). *Proyecto de ley para la creación de la universidad indígena de Colombia*. Bogotá: Senado de la República.
 - Sánchez. E. (2002) *La Aplicación Práctica de la Política del Reconocimiento a la Diversidad Étnica y Cultural*. Bogotá, D.C. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
 - Sánchez. E. (2002) *¿La Cultura como Clonación?* Bogotá, D.C. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
 - Solano N. y Sepúlveda M. (2008). *Metodología de la Investigación Social y Jurídica*.
 - Sanchez. R. (2010) *La Emancipación de los Derechos Humanos*. Universidad Nacional.
 - Semper, F. (2003) *Los Derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia del Corte Constitucional*. Hamburgo: Sebra.
 - Suescún, A. (1998). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia. El derecho chibcha siglo IX – XVI*. Tunja: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.
 - Tenganá. M. (2005) *Justicia Comunitaria Indígena: Una Mirada desde la Reivindicación del Pueblo Indígena de los Pastos*. Bogotá, D.C. Red de Justicia Comunitaria.
 - Constitución Política de Colombia de 1991.
- SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**
- Sentencia T – 254 de 1994. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes.
 - Sentencia C- 139 de 1996 Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.
 - Sentencia T - 523 de 1997 Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz.
 - Sentencia SU 510 de 1998.

**NOTA PRELIMINAR CIRCUNSCRITA AL CONCEPTO,
FUNCIÓN Y ROL DE LA CRIMINOLOGÍA Y
LA ESTADÍSTICA EN EL EJERCICIO DE LA
INVESTIGACIÓN ACADÉMICA***

**PRELIMINARY NOTE DEMARCATED TO CONCEPT,
FUNCTION AND ROLE OF CRIMINOLOGY AND
STATISTICS WHILE EXERCISING
ACADEMIC RESEARCH**

**NOTA PRELIMINAR CIRCUNSCRITA AO CONCEITO,
FUNÇÃO E PAPEL DA CRIMINOLOGIA E
ESTATÍSTICAS NO EXERCÍCIO DA
PESQUISA ACADÊMICA**

Over Humberto Serrano suárez^a

overserrano@gmail.com

Fecha de recepción: 2 de Septiembre 2014

Fecha de revisión: 14 de Octubre 2014

Fecha de aceptación: 17 de Octubre 2014

RESUMEN

El presente artículo responde a la necesidad de crear un marco conceptual delimitado dentro de la investigación *La constitución y la criminología complemento del periodismo y los derechos humanos en la libertad de expresión*, que permita recoger miradas de la criminología en cuanto a su concepto, función y rol, sin dejar de lado la visión de la criminología en el marco de la academia, los medios de comunicación. Para tal fin se hace un recorrido por tres autores fundamentales para alcanzar dicho objetivo: Gunther Kaiser (Alemán), Eugenio Raul Zaffaroni (Argentino) y German Silva García (Colombiano). Se hace entonces una revisión teórica de sus postulados y se analizan desde la perspectiva de una construcción

* Artículo resultado de la investigación que se adelanta en la Facultad de Derecho conforme a la convocatoria interna de investigaciones de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca 2013 – 2014.

a. Abogado Universidad Libre, con estudios de maestría en Derecho Penal y criminología Universidad Libre, maestría en estudios políticos Universidad Javeriana, especialización antropología forense Universidad Nacional, sociología jurídica Universidad Externando de Colombia, Filosofía del Derecho y teoría jurídica Universidad Libre. Docente investigador Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Universidad la Gran Colombia, catedrático Universidad Libre. Conferenciante nacional e internacional y autor de obras referidas a Derecho Penal, Derechos Humanos, Derecho Ambiental. Hace parte del grupo análisis jurídico de la Facultad de Derecho UCMC.

referencial, siendo esencial la visión de dichos autores para abordar el tema de criminología de cara al periodismo, los derechos humanos y la libertad de expresión. Se suma a ello una visión de la estadística aplicada a la criminología como fundamento aplicado al concepto teórico.

PALABRAS CLAVE

Periodismo, criminología, derechos humanos, libertad de expresión, academia, mediático, violencia.

ABSTRACT

This article addresses to the need that arises in the investigation CONSTITUTION AND CRIMINOLOGY COMPLEMENT OF JOURNALISM AND HUMAN RIGHTS IN THE FREEDOM OF EXPRESSION, at least have a narrow conceptual framework to induce the readers of the research regarding certain perspectives of criminology when it comes to concept, function and role without neglecting the vision of criminology in the context of academy, the media, the vision of university professors that address the issue of criminology facingl essential journalism, Human Rights and Freedom of Expression. They were: KAISER GUNTHER (German), EUGENE RAUL ZAFFARONI (Argentinean) GERMAN SILVA GARCÍA (Colombian). Adding to this a view of statistics applied to criminology as applied like foundation to the theoretical concept.

KEYWORDS

Journalism, criminology, human rights, freedom of expression, academy, media, violence.

RESUMO

Este artigo responde à necessidade de se criar um marco conceitual delimitado na pesquisa A Constituição e a criminologia complemento do jornalismo e os direitos humanos na liberdade de expressão, que permita coletar opiniões de criminologia em termos de conceito, função e papel, sem deixar de lado a visão da criminologia no contexto da academia, da mídia. Com este objetivo recorreu-se a três autores chaves: Günther Kaiser (alemão), Eugenio Raúl Zaffaroni (argentino) e Germán Silva García (colombiano). Faz-se, então, uma revisão teórica dos seus postulados e sua análise desde a perspectiva de

uma construção referencial, sendo essencial a visão desses autores para abordar a questão da criminologia em matéria de jornalismo, os direitos humanos e a liberdade de expressão. Soma-se a isso uma visão estatística aplicada à criminologia, como base no conceito teórico.

PALAVRAS-CHAVE

Jornalismo, criminologia, direitos humanos, liberdade de expressão, academia, mídia, violência.

INTRODUCCIÓN

Con a finalidad que los lectores del trabajo de investigación **LA CONSTITUCIÓN Y LA CRIMINOLOGÍA COMPLEMENTO DEL PERIODISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN** logren establecer el sentido de la misma se hace pertinente una nota preliminar circunscrita al concepto, función y rol de la criminología que se acoge de una reseña del libro “ ESTUDIOS DE PSICOLOGIA CRIMINAL volumen XVII Criminología una fundamentación a sus fundamentos científicos”, la obra en mención fue escrita por GUNTHER KAISER profesor en la universidad de Friburgo y traducida por JOSÉ BELLOCH ZIMMERMA catedrático de alemán profesor adjunto de la Universidad de Valencia. Además ver la postura del doctor GERMÁN SILVA GARCIA en su obra “CRIMINOLOGÍA: Construcciones sociales e innovaciones teóricas”, al tratar lo referido “ La construcción social de la criminalidad en Colombia” sin dejar de acompañar el ejercicio de reflexión que consigna el maestro EUGENIO RAUL ZAFFARONI en la trabajo criminológico: “ LA PALABRA DE LOS MUERTOS : Conferencias de criminología cautelar” donde se consulta y reseña su primera conferencia “Las palabras de la academia, de los medios y de los muertos”. Además se acompaña de la aplicación: **LA ESTADISTICA ANTE EL MÉTODO, LA CRÍTICA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA** bajo la orientación de los docentes y escritores FRANCISCO ALONSO PEREZ, ARTURO ARANGO DURÁN y GUNTHER KAISER , en otros términos resulta ser un aporte de ellos y un ejercicio de reflexión y compendiar determinadas categorías por quien se encarga del presente.

METODOLOGÍA

Revisión documental de fuentes teóricas que brinden herramientas de comprensión en el contexto constitucional, penal y de derechos humanos de las normas que sirvan de base para garantizar la libertad de expresión veraz y fidedigna. Esto se aplicará posteriormente en la investigación final, al marco que garantice los derechos humanos de periodistas como sus receptores en Colombia. Se elabora un delimitado marco teórico y conceptual que permita coleccionar un punto de partida definido para plantear conclusiones, propuestas en el trabajo final.

APUNTES CERCANOS AL CONCEPTO, FUNCIÓN Y ROL DE LA CRIMINOLOGÍA

GUNTHER KAISER al referirse al concepto, función y rol de la criminología señala que: *“Criminología es el conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen del infractor de las normas jurídica, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento”* (Káiser 1983, p 19), en razón de ello, se deja constancia de la inexistencia de una determinación conceptual preponderante - menos en sentido mayor vinculante y unitario -, de la criminología para Alemania, así como de los demás países, pero se advierte que no se diferencia, ampliamente, de las diversas opiniones sobre lo que en este momento debe concebirse por criminología, no obstante sus divergentes sentidos. En otras palabras en el texto se indica que:

Hay unanimidad en afirmar que la criminología es una ciencia empírica. También se da la opinión generalizada de que la ciencia criminológica se ocupa del crimen y del delincuente, así como del control del delito, en tanto en cuanto se trata de la ejecución de sanciones penales, de la prognosis y tratamiento del infractor (Káiser 1983,p19).

De otra parte se suman fenómenos de alcoholismo, de asociabilidad, molestia a la comunidad, prostitución y suicidio, a lo que podemos agregar un número significativo de situaciones en la relación: persona-grupo-conglomerado, que resultan ser objeto de la criminología. Igualmente se precisa, que el conocimiento criminológico debe predicarse preponderantemente a HECHOS observables

e intersubjetivamente comprobables de tal problemática.

Lo anterior es susceptible de convertirse en contenidos periodísticos, los cuales deben gozar de garantías constitucionales y de derechos humanos en el marco de la libertad de expresión, valga decir: *“No bastan las especulaciones, opiniones y juicios de valor, aunque todos ellos pueden constituir a su vez el objeto de una investigación empírica. Los resultados deben obtenerse además de modo sistemático, y en todo caso han de estar ordenados”* (Káiser 1983, p 19) que pueden tener como fuente la presa hablada, escrita o audiovisual.

Se indica que el término *criminologie*, procede de la palabra latina crimen, y se atribuye al antropólogo francés PAUL TOPINARD (1879), también que fue el jurista italiano GAROFALO quien empleó el concepto por primera vez para intitular su obra *Criminología* (1885). La designación se ha impuesto de un modo general, pero junto a dicha acepción se han incorporado: Psicología criminal (desde 1792), sociología criminal (desde 1882) y biología criminal (desde 1883), bajo el marco de las llamadas *criminologías de unión*.

Volviendo sobre la definición estricta de criminología KAISER, refiere que la criminología se limita, atendiendo a una interpretación tradicional estricta, a la *investigación empírica del delito y de la personalidad del delincuente*, indicando que son características de dicha postura las exposiciones descriptivas de la criminalidad global como de los delitos individuales, sin dejar de lado los estudios científicos monográficos o longitudinales. Ello se aborda, conforme al autor, desde las miradas psicológicas, psicopatológicas, psicoanalíticas o eclécticas en que se describen las biografías de los delincuentes y las situaciones conflictivas. Escenarios que, conforme al tema de la investigación, no son extraños al periodismo en el desarrollo de columnas, crónicas periodísticas.

Ahora bien, la definición amplia de criminología incluye también en el análisis el conocimiento experimental-científico, en referencia a las *transformaciones del concepto de delito* (criminalización) a lo que se añaden la lucha contra el delito, el control de las demás conductas socialmente desviadas, así como la investigación de los *mecanismos de control*

policiales y de la justicia. Para él la amplitud de dicha interpretación da lugar a reconocer la definición de SUTHERLAND CRESSEY (1970,3). Según ella, el objeto de la criminología abarca “los sucesos y el origen de las leyes, la lesión de tales leyes y la reacción a las infracciones legales” (Káiser, 1983, p 21).

Se acepta en la obra, que versa sobre la criminología y sus fundamentos científicos, que existe en la actualidad unanimidad en admitir que la criminología responde a una *ciencia experimental*, pero a su vez, coincide en ser una *disciplina autónoma*. En tal orden de ideas, es susceptible hacer referencia a la *criminología como ciencia empírica*.

Se señala entonces, que “el término “empírico” se refiere a un tipo de investigación, el cual está fundado más en la observación que en argumentos u opiniones. Naturalmente, también en la criminología queda espacio para la opinión e interpretación. Sin embargo, el fundamento sólido de esta ciencia se halla en los hechos analizados y en las observaciones recogidas, con base en las cuales se prueban hipótesis y teorías. De ahí que la *actitud empírica* no significa otra cosa que trabajar antes con hechos que con opiniones, y ante todo, la disposición a doblegarse a la fuerza de los hechos, incluso en el caso de que se opongan a las propias expectativas y deseos del investigador. (Káiser 1983, p21).

En el aparte, puntos de partida y concepto de criminología, es posible indicar que el *delito*, jurídicamente definido, se ve como el punto de partida de la consideración criminológica. Por lo anterior “*se afirma al mismo tiempo que la misión investigadora criminológica no puede agotarse en la descripción del hecho delictivo concreto*” (Káiser 1983, p21). Ello para mencionar, la existencia significativa de diferencias cualitativas entre los actos castigados con una pena por la ley. Se vuelven importantes las irregularidades, trátese de comportamientos descriminalizados en el Código o de las existentes en el derecho industrial, cuya revaloración penal se ve necesaria. Por tanto, para Kaiser, no basta la consideración criminológica, ni comprender el concepto de delito técnicamente, ni considerar como esencialmente iguales en su sentido la conducta desviada y la criminalidad, a lo que agrega, que el “*margen de amplitud de lo injusto*” no puede ser ignorado por la investigación criminológica, si

ésta no pretende excluir importantes dimensiones de la realidad social.

Aduce en la obra, que el alcance de la personalidad dentro de su ámbito social sostenida por GOPPINGER (1973,5), requiere ser vista de forma disímil a la interrelación pretendida entre la personalidad infractora del derecho y la reacción social. Además siguiendo a GOPPINGER, observa KAISER que el desarrollo de la personalidad, la vivencia anímica, el conjunto de valores y las relaciones en el ámbito se dirigen hacia el delito frecuentemente mucho antes de entrar en conflicto con la ley.

El modo de interrelación con el ámbito social aparece, por lo tanto, ya sólo como síntoma o atributo de aquella dinámica de la personalidad, que en cierto sentido actúa inmanentemente. Ésta se distingue, y distingue al mismo tiempo entre lo criminalmente llamativo y lo no llamativo, sin que de momento se reconozcan las razones últimas de esa divergente evolución (1983, p26).

En lo referente a una criminología comparada y puntos de vista internacionales señala que, en forma análoga a lo dado en el análisis de la formación, en etiología, en las ciencias históricas, políticas y jurídicas y en sociología, también en la criminología, adquiere fuerza la investigación comparada. Ve que tanto la búsqueda teórico-sistemática de puntos comunes entre los diversos sistemas, así como la necesidad informativa en procura del proceso del conocimiento, y la recepción de conceptos e informaciones de sistemas diversos, han impulsado la comparación intercultural y el análisis comparado.

Está claro que la criminología se ha interpretado siempre como disciplina internacional. Y de esa autointerpretación se deriva a veces el descuido, e incluso el menosprecio, del derecho positivo y de las peculiaridades del derecho penal nacional. No es, por lo tanto, nuevo para la criminología el proceso de internacionalización de la ciencia. (Káiser, 1983, p155).

Informa que los primeros trabajos de una “*criminología comparada*” se refieren en primer momento a una comparación de crimen y criminal y, en tiempos recientes, se allega el

análisis comparado de los sistemas de control y de las mutuas relaciones entre delito y control del mismo. A su vez señala el hecho de que no se pueden comparar internacionalmente, por ejemplo, datos sobre hurtos o penas de privación de la libertad, si no se ha investigado suficientemente su significado dentro del contexto nacional y se le presta atención durante la comparación. Para el profesor alemán, el análisis comparado debería estudiar el tipo de delito a investigar así como los pertinentes medios de control del crimen, siempre dentro de un contexto, además el conjunto de relaciones entre infracción legal y control del delito, siguiendo a ROBERTSON - TAYLOR.

APROXIMACIÓN A LAS DINÁMICAS DE DIVERGENCIA Y EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA CRIMINALIDAD Y DEL CONTROL PENAL EN COLOMBIA.

Por otra parte Silva (2011)¹ plantea las dinámicas de la divergencia y en el proceso de construcción social de la criminalidad y del control penal en Colombia. Ello atendiendo que el país tiene una visibilidad negativa al de ser, no menos que el segundo con la tasa más alta de homicidios en el mundo - sin incluir los países en guerra-, a lo que se suma el referente de permanecer por más de cincuenta años en un conflicto armado interno; observando, que los homicidios culposos y lesiones en accidente de tránsito van más allá de las cifras reportadas en razón de muertos y heridos en los combates del conflicto señalado. Además de lo dicho hace referencia a los asesinatos de sindicalistas, asesinatos de funcionarios judiciales y abogados, secuestro, las bandas de Colombia distribuidoras de cocaína, falsificadores colombianos, etc. Indica frente a ello que se pueden sumar muchos eventos que podrían ser citados, ya que el caso colombiano alcanza un interés criminológico muy relevante para que un análisis sea de un significativo interés.

¹ De su obra *CRIMINOLOGÍA CONSTRUCCIONES SOCIALES E INNOVACIONES TEÓRICAS*, publicada por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios en el año 2011, se considera pertinente reseñar parte del capítulo tercero "La Construcción Social de la Criminalidad en Colombia" en el entendido de que es el contexto que nos interesa en un principio respecto a la mira de LA CONSTITUCIÓN Y LA CRIMINOLOGÍA COMPLEMENTO DEL PERIODISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Silva explora la forma como ha sido construido el imaginario sobre lo que es la criminalidad en Colombia² el cual contiene sus propias particularidades. A su vez explica que, de manera común, los enfoques que se tienen sobre la criminalidad concentran de forma simultánea ciertas impresiones sobre los criminales.

Así que el examen de las percepciones sociales acerca del delito comprende ambos aspectos. Decir que hay un imaginario sobre la delincuencia en Colombia que ha sido socialmente construido, no significa afirmar que la criminalidad en el país sea una elaborada ficción que ha sido teatralizada. (...) Es innegable que en Colombia hay unos hechos de divergencia social que constituyen una realidad objetiva, muchos de los cuales resultan en criminalidad, varios de ellos con altos niveles de violencia. (Silva, 2011, pp 91,92).

Advierte Silva que no es la existencia de esa realidad material lo que es objeto de discusión. Lo que se plantea es que esa realidad es objeto de unas representaciones, en virtud de las cuales se le imputa a la criminalidad unos significados, sumadas a unas particulares características y, a su vez, a los criminales ciertos rasgos e identidades.

Pero tales imágenes no se fundan en el estudio de los hechos, se basan en prejuicios y creencias, animadas por los intereses de quienes offician de intérpretes. Esas representaciones sobre la criminalidad emergen del discurso, con el empleo de definiciones e interpretaciones y un adecuado uso del lenguaje, que explota sus aptitudes para hacer "realidades". Entonces, al tener en el discurso su matriz, el entendimiento sobre la criminalidad es una construcción social que produce una "realidad", en esencia, subjetiva. (2011, p 92).

En otras palabras enriquece lo señalado, al hacer hincapié en que los discursos disponen una mentalidad socialmente elaborada acerca de la cuestión criminal. En razón de un proceso que ha tomado un sinnúmero de años, en el cual se petrificaron un conjunto de comprensiones referidas al crimen que, con pocos cambios, se

² Ver en la obra citada el subtítulo *HERRAMIENTAS PARA UNA INTERPRETACIÓN*.

aferran en el transcurso del tiempo. Silva (2011) plantea que tales formas de comprender y explicar la delincuencia, a fuerza de repetirlas, parecen verdaderas. *“Esas comprensiones se han acumulado hasta formar una especie de sedimentación cultural. Es decir, los modos de ver a los criminales y sus delitos han ingresado en la esfera de la cultura para quedarse”* (p. 92). Seguidamente arguye que, siendo parte de la cultura, forman un patrón de creencias que se ha interiorizado en las personas y, además, sobreviven a ellas después de fallecidas, volviéndose parte de la herencia cultural que asumen sus descendientes. Lo resume en las siguientes palabras:

(...) los discursos construyen una gran interpretación acerca del problema criminal. Al que le atribuyen unos atributos, que incorpora un determinado perfil de los criminales, también con unas señas típicas, y mediante distintas estrategias se transforma en un saber sobre la problemática, que ocupa un lugar en la cultura, en virtud a la sedimentación que sea acumulado. Como saber sobre el fenómeno no implica un conocimiento acerca del mismo, es más, en estricto sentido esas interpretaciones en tanto emanadas de creencias subjetivas y prejuicios tienen poco que ver con el conocimiento. No obstante, son admitidas como un saber con fundamento en el cual se toman decisiones por parte de las agencias de control penal o éstas se legitiman. Es decir, es un saber que sirve para el ejercicio del poder. (Silva, 2011, pp 92 y 93).

En el capítulo denominado *“La construcción social de criminalidad en Colombia”* Silva señala que en el proceso de construcción social del imaginario sobre la criminalidad resulta significativa la crónica “roja”, con los sangrientos y morbosos relatos del periodismo judicial. Recuerda que en más de un país de América Latina dicho tipo de prensa fue notoria e influyó en forma significativa y relevante en la moldura de la figura del criminal. A lo que añade que los imaginarios, entretajidos por la prensa respecto de la criminalidad, como lo sucedido en Inglaterra, sirven directamente a la finalidad de establecer pautas en materia de control, pero a partir de de su visualización sobre las víctimas. Para señalar más adelante:

Porque la prensa no sólo se ocupa de los criminales, también lo que hace de las víctimas, muchas veces convertidas en

instrumentos del mensaje, despojadas de sus derechos y de su identidad, como lo demuestra la investigación de DIANA PEDRAZA acerca del tratamiento mediático de los menores. (Silva, 2011, p 127).

Explica Silva que en Colombia, la crónica “roja”, que inicia hacia 1897, y tiene una presencia muy importante en el siglo XX, construye una imagen de la criminalidad en las páginas de periódicos y revistas sensacionalistas, la cual construye un saber del día a día y popular referido al crimen. Siguiendo a FRANSESC BARATA, conforme al escrito *“Los mass media y el pensamiento criminológico”*, Silva (2011) plantea que los rasgos característicos del suceso criminal en la prensa de masas son:

1. Que se expresa en unas formas narrativas renovadas;
2. Que ofrece un espacio de difusión de las ideas en torno al crimen; y
3. Que funciona como una herramienta que moviliza y orquesta el sentir social. Con estos atributos se edificará una nueva cultura del delito, una mirada que rescata elementos del pasado, pero que, en conexión con los cambios sociales, aporta nuevos aspectos que marcarán profundamente la idea sobre el suceso criminal. Además informa, que en la crónica roja colombiana se indican los apodos, que conlleva que los lectores una aseveración de la peligrosidad y la culpabilidad del señalado; las descripciones que dan a saber la condición social de los involucrados; igualmente el empleo de dichos y refranes que se entregan al lector como argumentos convincentes; la dramatización acompañada de diálogos y fotografías para darle verosimilitud, a lo que se suma un estilo que incorpora, siguiendo a LÓPEZ BETANCURT, el ambiente, los antecedentes, los hechos del agravio, las emociones y la agresión. “Las anteriores son estrategias decisivas en la construcción social de lo criminal de sus imágenes, de las interpretaciones sobre ella y, así mismo, de un “saber” de docto, pero si inconvertible acerca de su génesis y destino” (p, 129).

Al filo de la revelación de las elites sobre los criminales, que se analiza en la obra de 2011 de Silva, surge una realidad que incorpora

situaciones de divergencia social con una significativa conflictividad, la cual alcanza acciones violentas o grandes daños sociales. Ello se señala entendiendo que en Colombia, desde la última década del siglo XX, se ha entretejido una significativa fusión de intereses no legítimos, nombrada como “gran fusión” que, en buena medida, ha cooptado al Estado para someterlo a su servicio. La alianza que de ello se visibiliza compromete a dirigentes políticos y miembros de las élites sociales y económicas, que hacen parte de agrupaciones paramilitares y de bandas de narcotraficantes.

Esto ha revertido en la expulsión o desplazamiento de campesinos y de otros propietarios de ricas tierras rurales, usurpadas por los cuatro segmentos sociales citados coligados. Facciones que, además, se han beneficiado de manera conjunta de la expropiación del patrimonio del Estado por medio de grandes y no menos generalizados negociados de corrupción, desarrollados en paralelo con actividades asociadas para “lavar los activos” generados por los negocios ilícitos. A su vez, las bandas armadas de los paramilitares y de los narcotraficantes han sido activas para mantener el poder de la dirigencia política, mediante el asesinato de opositores y la presión a la masa de votantes en elecciones (Silva, 2011, p. 130).

Para Silva lo anterior, se indica atendiendo condiciones del siguiente orden: 1. Organismos de control, incluidas agencias de control penal, han sido cooptados por esta “gran fusión”, garantizando impunidad y, en muchos casos, persecución de víctimas y opositores. 2. Integrantes de las fuerzas Armadas, quienes en gran medida han tolerado (a veces apoyado) la gran fusión, así como actividades de grupos como los paramilitares. 3. Silva identifica que la lucha contra la violencia de la guerrilla sirvió como “aglomerador” ideológico de sectores sociales disímiles, no sólo para defenderse de sus ataques, sino para la realización de sociedades y negocios conjuntos. 4. Se ha vuelto muy evidente la ausencia de una ética civil mínima. 5. La Anomia: ausencia de normas sociales, jurídicas y morales. Finalmente establece que las élites sociales y económicas “luego de grandes sacrificios de importantes líderes políticos, de opinión y sociales, que murieron asesinados por los paramilitares y el narcotráfico, optaron por actitudes pasivas, cuando

no por asociaciones en la gran fusión”. (Silva, 2011, p130).

NOCIÓN CRIMINOLOGÍA ACADÉMICA: UNA CRIMINOLOGÍA MEDIÁTICA

Otro autor que se incorpora a la antesala del trabajo de investigación “La constitución y la criminología complemento del periodismo y los derechos humanos en la libertad de expresión” es el maestro Eugenio Raul Zaffaroni, quien nos permite a partir de su obra *La palabra de los muertos*, un ejercicio de recopilación de conferencias de criminología cuatelar que nos adentra en otros puntos definitorios para ingresar a la medula de ver la dinámica de la constitución, la criminología, el periodismo, los derechos humanos y la libertad de expresión.

Se destaca en su trabajo que la criminología teórica es casi toda central, en gran parte la criminología teórica proviene de los países o regiones que se reconocen por su dominación en el planeta pero no únicamente ello, sino que es la criminología que se difunde en las academias de los países marginales o también conocidos como periféricos del poder mundial. Por tanto nos categoriza:

Es natural que los criminólogos de los países centrales analicen, legitimen, deslegitimen o critiquen el poder punitivo que se ejerce en sus sociedades y no en otras que les son por completo ajenas o incluso exóticas. Nosotros, en nuestro margen, hacemos lo mismo: pocos de ustedes me seguirían si dedicase todo el curso a explicar, legitimar o criticar el poder punitivo de Uganda. (Zaffaroni, 2011, p3.)

Pese a tal situación propugna por “una criminología desde el margen”, insistiendo, desde hace no pocos años, en la necesidad de teorizar la criminología desde un margen que, para nosotros debe ser América Latina. “Hemos llegado a la conclusión de que esa criminología, orientada a preservar la vida humana, debe ser principalmente preventiva de masacres” (Zaffaroni, 2011, p. 2) Para ello se propone hablar en extenso sobre la urgencia de contener el poder punitivo para alcanzar el objetivo.

Desde otra perspectiva habla de la “construcción social de la criminalidad o la

criminología mediática” para expresar que, en la actualidad, la criminología no es susceptible de agotarse en lo académico, bajo el entendido de que es esencial ver la construcción de la realidad llevada a cabo por los medios masivos de comunicación social, lo que no se puede ignorarse en la actualidad. Ello se comprende como un discurso mundial con versiones locales, todas condicionantes de reacciones políticas que se plasman y verifican en leyes y acciones.

Esta es la palabra de los medios masivos. Es la palabra que construye otra criminología, que opone a la criminología académica una criminología mediática, que pese a estar plagada de prejuicios, falsedades e inexactitudes, es la que configura las actitudes del común de las personas y sobre la que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en leyes penales (Zaffaroni, 2011, p4).

Zaffaroni al tratar “*la palabra de los muertos*” llama la atención respecto a la “*criminología del común de las personas*” para decirnos que en tanto la *criminología académica* procura acercarse a la realidad social por vía de un saber más depurado, bajo la advertencia de que en verdad no siempre se consigue, la *criminología mediática*, en cambio, elabora la realidad en el mayor de los casos despreocupándose de dichos esfuerzos y a ella es la que accede el *gran público*, en otras palabras, ve que es la que se *le inyecta* al común de las personas. Además, aduce, es la criminología que el discurso único de medios impone a los políticos. Afirma al respecto:

En el curso de la historia no siempre anduvieron las dos criminologías muy separadas, pues hubo momentos de casi coincidencia – aunque en general no fueron los más felices-, pero ahora entre ambas se abre un abismo, producto de la autonomización total de la tecnología de comunicación, combinada con la centralidad política que el tema asumió en el mundo contemporáneo a partir de los Estados Unidos, en particular desde hace poco más de tres décadas. (Zaffaroni, 2011, p. 4)

LA ESTADÍSTICA ANTE EL MÉTODO, LA CRÍTICA Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA

Los ítems anteriores reclaman acompañar el trabajo académico subsiguiente bajo la orientación de los docentes y escritores Francisco Alonso Pérez, Arturo Arango Durán y Gunther Kaiser. En otros términos, resulta ser un aporte de ellos y un ejercicio de reflexionar y compendiar determinadas categorías para quien se encarga del presente.

EL METODO CRIMINOLÓGICO

Francisco Alonso Pérez antecede a dar noticia de su finalidad, al definir en palabras de Rodríguez Manzanera: Metodología como la ciencia del método y de la sistematización científica. Así mismo, siguiendo al referido criminólogo, entiende por Metodología Criminológica “*el estudio analítico y crítico de los métodos de investigación utilizados por la Criminología*” (Alonso, 1999, p. 183).

Alonso, en su estudio de 1999, con el fin de dar una mejor noción de lo dicho se vale de la apreciación de GARCÍA – PABLOS, quien ve que “*el jurista y el criminólogo se sirven de un método diferente: dogmático, abstracto, deductivo y formal, el primero; empírico, inductivo e interdisciplinario, el segundo*” (p. 183).

¿Qué se quiere con ello? Llegar a decir que jurista y criminólogo proceden de distinta manera, de ahí que Goppinger, explica que *el jurista* deduce determinadas consecuencias de un aserto lógicamente documentado, cuya coincidencia con la realidad empíricamente perceptible no necesita ser demostrada llegando a una conclusión; siendo indiferente para él si la afirmación de partida es correcta, si está comprobada o si siquiera es demostrable. Entre tanto ve que al *criminólogo* le está vedado aquel proceder no obstante parte de una hipótesis de trabajo como conocimiento empírico.

Para un mejor entender se tiene que “*El jurista parte de unas premisas correctas para deducir de ellas las oportunas consecuencias. El criminólogo, por el contrario, analiza unos datos e induce las correspondientes conclusiones, pero sus hipótesis se verifican siempre*” (Alonso, 1999, p184).

Ahora bien, volviendo al punto de partida, el método de que se vale la Criminología se denota por el empirismo y la interdisciplinariedad, siendo básicos los niveles de interpretación criminológica, pues de ellos se predicará el método que se disponga utilizar.

En breves palabras la Criminología adquirió autonomía, y fue calificada como ciencia, cuando el positivismo desplegó el método empírico hacia el análisis, la observación y la inducción, alejando en su rigor la especulación y el silogismo, ubicándose por encima del razonamiento abstracto, formal y deductivo del orbe clásico.

Esta apreciación de GARCIA - PABLOS lleva a Alonso (1999) a sostener que el hecho de que *"la Criminología pertenezca al ámbito de las ciencias empíricas significa, en primer lugar, que su objeto (delito, delincuente, víctimas y control social) se insertan en el mundo de lo real, de lo verificable, y no en el de los valores"*(p. 184).

Respecto a las reglas del método, se cita nuevamente a GOPPINGER, para indicar que toda investigación científico empírica ha de reunir tres condiciones para alcanzar dicha caracterización: Ha de ser *fiable*, es decir, una comprobación cuya exactitud formal es tal que cada investigación posterior ha de llevar a los mismos resultados. Además *válida*, lo que significa, si con ella se establece precisamente lo que debe ser establecido, esto es, si las características y los indicadores denotan lo que se pretende. Finalmente ser *relevante* que indica la necesaria armonía y coherencia entre el todo y la parte (Pérez, 1999, p. 186).

Otro punto tiene que con la *Interdisciplinariedad*, puesto que encaminar dicha tarea a la observación del crimen como fenómeno individual y social, debe consistir en procurar factores y constelaciones criminológicamente relevantes entre el sinnúmero de resultados parciales obtenidos con los métodos de la biología, psicología o sociología, haciendo caso omiso a una atribución específica a cualquiera de las ciencias afines, optando por interpretar, valerse de distintos modelos para no llegar a casarse simplemente a una de ellas y dar con ello prioridad a esa orientación. *"Por tanto hay que decir, que las múltiples comprobaciones y análisis necesarios a este efecto no pueden ser proporcionados por un único campo científico especial, sino que exige un*

actuar conjunto de varias disciplinas" (Alonso, 1999, p 190)

NIVELES DE INTERPRETACIÓN CIRCUNSCRITOS A LA CRIMINOLOGÍA

Los niveles de interpretación atendiendo a RODRÍGUEZ MANZANEDA son indispensables bajo un ejercicio de diferenciación, siendo notables tres niveles de interpretación: Nivel de interpretación conductual (el crimen), nivel de interpretación personal (el criminal) y nivel de interpretación general (la criminalidad).

El primero de los mencionados estudia la conducta antisocial propiamente dicha, se apoya en técnicas de la Criminalística para establecer las particularidades del hecho concreto y de ahí pasar a explicaciones antropológicas, sociológicas, etc., hasta alcanzar la síntesis criminológica.

Aquí es pertinente distinguir dos formas de análisis: un *crimen concreto*, realizado en un momento y lugar determinado, y una forma criminal en particular. Ante ello RODRIGUEZ MANZANEDA afirma que es diferente el estudio del robo de Juan a Pedro, del estudio del robo en general, como conducta antisocial, de sus formas de comisión, la reacción social que genera, los efectos que produce, etc.

Advierte que no debe confundirse este estudio con el de la totalidad de los robos en un tiempo y lugar determinados, pues ello implica otro nivel de interpretación: *La criminalidad*.

En el segundo nivel el objeto de análisis es el autor de la conducta antisocial, obedece a un método clínico que lleva a un diagnóstico, un pronóstico y una proposición de tratamiento. El hecho cometido es tan sólo un indicador de la personalidad y características del sujeto antisocial. Debe concentrarse el criminólogo en lo que el sujeto es, y no en lo que ha hecho.

La interpretación de este nivel es individual y no pueden obtenerse conclusiones generales, es decir, se señala que los resultados sólo tienen aplicación para el caso concreto y no pueden extenderse a la generalidad.

El tercer nivel de interpretación general (la criminalidad) estudia el conjunto de conductas antisociales y sus características en

un lugar y tiempo determinados. A este nivel la metodología debe ser básicamente estadística, y las interpretaciones genéricas, manejando probabilidades, es decir, no es viable el inferir consecuencias sobre casos particulares.

Este nivel tomar relevancia en atención a la gran preocupación actual por los factores políticos, económicos y socio - culturales de la criminalidad, de ahí su estudio del fenómeno en conjunto y no tanto a las conductas o a los autores aislados.

Después de dicha exhortación sobre los niveles siguiendo a RODRÍGUEZ MANZANEDA, Alonso (1999, p. 190-193) sugiere aplicar por separado los niveles de interpretación, sin que implique existir solos. Pues no puede existir crimen sin criminal, ni criminal sin crimen, siendo la criminalidad el conjunto de crímenes, obviamente cometidos por criminales.

Ahora bien señala que cada uno de los niveles adquiere una singular importancia dado el momento de aplicación jurídica. Así, el nivel de interpretación conductual (crimen) adquiere relevancia en el proceso en la tipificación del delito y de sus circunstancias, entre tanto el nivel de interpretación personal (criminal) tiene que ver con la ejecución de sanciones o individualización de la pena y el nivel de interpretación general (criminalidad) es de notable utilidad en el momento de legislar.

LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA

Sería pertinente en el presente acápite referir a toda una clasificación, no obstante referiremos a la técnica de investigación en el marco de las *Estadísticas*, pues dentro de la lista ejemplificativa se menciona a manera de ilustración las *antropológicas*, que pueden ser antropométricas, físicas, o culturales; *sociológicas*, con observancia y experimentación de laboratorio o de campos, etc.; *criminalísticas* que refiere al estudio del lugar de los hechos, análisis de laboratorio con técnicas dactiloscópicas, fotográficas, químicas, etc. y *documentales*, estudiando informes, expedientes, memorias de organismos, etc.

Valga señalar que atendiendo a los campos de las comprobaciones parciales en el análisis y la investigación del delincuente en sus

interdependencias sociales GOPPINGER clasifica las diversas técnicas en tres grandes grupos: a) Comprobaciones documentales e informaciones escritas, b) Comprobaciones con terceras personas y comprobaciones sobre el medio o entorno social y c) Estudio de los propios examinados. Alonso (1999, p. 190-193).

LA ESTADÍSTICA CRIMINAL

Siguiendo a HERRERO HERRERO, (Alonso, 1999, p. 195, 196) la estadística se concibe como la ciencia que tiene como fin el agrupamiento sistemático, para un tiempo determinado, de hechos de carácter social, con la pretensión de valorarlos numéricamente.

Las técnicas estadísticas pueden ser clasificadas atendiendo a criterios tales como la naturaleza y finalidad de las mismas y su origen o fuentes de procedencia.

ESTADÍSTICAS POR RAZÓN DE SU NATURALEZA

Comprende *estadísticas de masas o de series*, abarcan la totalidad de la actividad criminal de una población dada. Suministran una valiosa información sobre la composición y fluctuación del fenómeno criminal. Entre tanto de series verifica las anteriores y comprende sólo un número restringido de casos. Permiten autenticar o contradecir los resultados obtenidos por las estadísticas de masas.

Estadísticas estáticas o dinámicas contemplan su objeto en reposo, en un mismo período de tiempo - verbo y gracia, con fundamento a la estadística criminal de un año -, se establece la participación por sexo y edad en el volumen de la criminalidad registrada. Mientras, las formas de observación dinámicas contemplan la criminalidad "en movimiento", en otras palabras, sus oscilaciones a lo largo de un determinado período. Ello quiere decir que la comparación de los respectivos datos estadísticos versan sobre ámbitos temporales distintos. Las curvas de criminalidad se sirven entonces de "cifras relativas", no de valores absolutos.

Hay dentro dicho espacio estudios de pronósticos y tablas de predicción, que evalúan

las probabilidades de delinquir - o de reincidir - de un sujeto determinado.

Informes de autodenuncias y estudios de victimización, que son técnicas de investigación dirigidas específicamente al conocimiento de la criminalidad real no registrada, permitiendo desvelar algunos interrogantes de la “cifra negra”.

Los informes de autodenuncias posibilitan el cálculo del número real aproximado de infractores, así como la frecuencia con que lo hacen.

Los estudios de victimización privilegian la averiguación, el volumen global y naturaleza de las acciones delictivas cometidas durante un periodo de tiempo y en un ámbito espacial determinado.

Entendido el ítem de las estadísticas por razón de su naturaleza presentado por FRANCISCO ALONSO PÉREZ, siguiendo a GARCIA - PABLOS DE MOLINA y HERRERO HERRERO, (Alonso, 1999, pp197, 198) proseguimos.

ESTADÍSTICAS POR RAZONES DE SUS FUENTES

¿Es confiable la información estadística en temas de criminología? Resulta ser un interrogante permanente entre docentes, estudiantes y quienes se interesan por evaluar la criminalidad mediante estadísticas. Al respecto recurrimos a Arturo Arango Durán³ quien junto con Cristina Lara Medina⁴ (Estadística, 2008) pueden ilustrar la cuestión.

Para ello abordamos el documento “*Información confiable: Los problemas de la información estadística*” trabajo diseñado por Duran (Estadística, 2008) para la conferencia “reforma de la justicia em México”, organizado por El Centro de Estudios México, Estados Unidos de la Universidad de California San Diego y el Instituto Transfronterizo de la Universidad de San Diego, en el marco del “Proyecto de Justicia en México” llevada a cabo en septiembre de 2006 en Casa California, Ciudad de México, donde

³ Investigador del Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad A.C ICESI

⁴ Duran y Medina, mantienen y alimentan el portal de internet www.seguridadpublicaenmexico.org.mx, el cual contiene información estadística oficial sobre la seguridad pública en México. Revisado por el autor en Noviembre de 2008.

encontramos los siguientes presupuestos, análisis y conclusiones en forma sucinta.

Se recurre al trabajo “La Estadística Criminal en México” Roumagnao (1907), que se presentara ante la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, cien años atrás, donde se escribía acerca del estado que guardaba la situación respecto de los estudios criminológicos, precisando:

(...) su resultado se define en unas cuantas palabras dolorosamente triste pero intensamente verdaderas: de todos los países civilizados, y aun entre otros muchos de menos importancia, México en tal concepto es el que camina con más atraso... y que a este respecto vivimos todavía encajados dentro de los moldes de hace largos siglos... Si algunos estudios hay de interés vital desde cualquier punto de vista que se les tome, son los que se relacionan con la criminalidad de un país.

¿Qué pensar de la estadística cuando tiene por objeto el fenómeno “crimen” que todavía se presenta a nuestros ojos como la negra y pavorosa incógnita de casi todos los problemas sociales?... Innecesariamente me parece seguir examinando nuestros procedimientos... Con lo apuntado, sobra para confirmar lo que vengo sosteniendo desde un principio: que en esta materia (estadística) hemos disfrutado de un atraso lamentable (p. 1).

Todo ello para decir que, a 99 años de haberse escrito dicho documento , casi un siglo después, la situación que sigue presentando México es muy similar. Además como se ha señalado en diversos documentos, no se vislumbra en el país referido un sistema confiable de estadísticas de seguridad pública que conlleve a la posibilidad de tomar decisiones adecuadas y oportunas.

Se deja claro que en México se generan distintas cifras estadísticas que permiten conocer el panorama sociodemográfico de la delincuencia. Estas cifras se identifican como: Real, oculta, oficial, aparente y legal. La primera de ellas debe entenderse como el conjunto de todos los hechos constitutivos de delitos realizados, así como a las personas que los han cometido o el resultado de víctimas de ellos. Ahora bien una parte de éstos hechos no conocen las autoridades quienes deben

investigar y sancionar, conformando así la llamada cifra oculta de la delincuencia. Además, aquellos hechos que se denuncian ante la autoridad correspondiente, son identificados como la cifra oficial; misma que al ser registrada en forma permanente arroja información continua. A ello se suma la aparente de la operalización de los factores indicados y la cifra legal.

Es decir, la cifra oficial se compone de la registrada en la procuración de justicia y en la administración de justicia. La cifra aparente sólo esta en la procuración de justicia y la legal en la administración de justicia. En razón de lo anterior se menciona que:

(...) conviene señalar en este momento, que la información estadística que se registra oficialmente sólo tiene que ver con la cifra aparente (procuración) y con la cifra legal (administración de justicia). Y que además existe una gran diferencia entre la cifra oficial y los delitos que se comenten, es decir, que el tamaño de la cifra negra es muy amplio” (Arango, 2006, p. 3).

En otras palabras se tiene que los delitos registrados, puede ser muy altos, no obstante, se marca problemas en el registro, dada la diferencia entre delitos conocidos que se denuncian y los delitos denunciados con averiguación previa iniciada API.

Se enfatiza que independientemente de lo anterior, en la actualidad las estadísticas que se conocen de una u otra manera, tienen que ver con la *cifra aparente* y con la *cifra legal*, en otras palabras, desde el punto de vista de la estadística, pareciera que sólo tuviera cabida para ella las dos instituciones que generan estas estadísticas y no más. Pero se informa que al menos se identifican 19 categorías integradoras, ya que el sistema de seguridad y justicia en México, podría dividirse, para efectos del análisis, en 6 instituciones: (i) servicio de llamadas de atención, tránsito y viabilidad, (ii) *prevención del delito*, (iii) menores infractores, (iv) *procuración de justicia*, (v) administración de justicia y (vi) readaptación social. Tema sobre el cual no se profundizará por no ser el centro de discusión en el presente ensayo. Mejor es observar los problemas respecto de las estadísticas.

Estadísticas de seguridad y orden público: De ella se dice tener severas carencias, debido que no existe un formato definido para su recopilación lo que conlleva que cada procurador informe lo que considere pertinente, tanto que realizar comparativos de un año con otro, de la misma entidad, se torna muchas veces complicado, dado que un año informa unos conceptos y, algunas veces, al año siguiente se informa sobre otros conceptos distintos. Respecto a su definición operan entre otros: El Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática, INEGI, El Sistema Nacional de Seguridad Pública SNSP y la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia CNPJ quienes no son concordantes en los respectivos datos.

En conclusión, (...) la información de seguridad y orden público tiene tal desorden que es muy difícil manejarla. Sin embargo y a pesar de todas las carencias (...), en virtud que es con esta información que (sic) se toman decisiones de política criminal y de gasto y presupuesto (...) intentar racionalizarla y comprenderla. Asimismo, conociendo sus debilidades (...) intentar diseñar un sistema que sea mejor que el actual⁵ (Arango, 2006, p7).

Estadísticas judiciales: Se señala que el Instituto Nacional de Estadística Geográfica e Informática, INEGI, es la única institución que recopila y presenta dicha información. Sin embargo, aunque estas estadísticas parezcan ser las mejores, no permiten realizar análisis longitudinales debido a que no existe forma de identificar a cada persona registrada en el sistema.

Desde el punto de vista de Durán, es a partir de estas estadísticas que sería viable el Sistema de Información, ya que el nivel de desagregación que tiene permite cubrir con holgura el catálogo y los formatos que presenta tanto El Sistema Nacional de Seguridad Pública, SNSP como la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia CNPJ.

Estadísticas de la actividad de las SSP, Servicio de urgencias y de policía de tránsito: Al respecto se presenta difícil, si no imposible, realizar algún tipo de análisis porque de la información referida ninguna entidad centraliza la información federal, ni de los estados y municipios; en todo caso si

⁵ *Ibíd*, página 7

algunas instituciones publican reportes, estos resultan ser completamente discrecionales.

Estadísticas de menores infractores y del Sistema Nacional Penitenciario: El documento guía de la exposición indica que sobre este tipo de estadística se sabe muy poco. Señalando que algunos estados han publicado la situación que existe respecto de los menores infractores, la cantidad de internos y capacidad de los reclusorios existentes. Dicha información se lleva con grandes niveles de agregación impidiendo un análisis de los flujos de entrada - salida, delitos por los que están en reclusión los internos, etc.

Además de los problemas que dificultan la generación de estadísticas ya enunciados se suma la clasificación de los delitos, atendiendo que, fuera de las instituciones federales, existen 32 Procuradurías Generales de Justicia, 32 Secretarías de Seguridad Pública y 32 Tribunales Superiores de Justicia, a lo que se añade que para cada Estado, se tienen códigos y leyes distintas. Como cada una clasifica de manera distinta los delitos, las sanciones resultan ser totalmente distintas. Se deja claro, en el documento de referencia, que lo que se considera delito en un Estado puede ser que en otros no este tipificado como tal.

Igualmente dificulta el concretar un ejercicio de estadística la *Coordinación entre sistemas intra institucionales*, siguiendo el texto se tiene que se observa que el aislar cada herramienta de las demás, y no se considera cada una de estas en su conjunto como en su interrelación con las otras herramientas, se llega a cosas interesantes si pasar a un punto mas elocuente con el sentido del tema estadístico. En otras palabras, cada institución puede contar con diversas herramientas - sistema, pero resulta que no se acogen estas en su interrelación, no se piensa que las salidas y los resultados de una implique ser la entradas de otra.

Sistema per se:

Existe como se dijo, múltiples "sistemas" de información, que con honrosas excepciones, más que sistemas son mecanismos poco eficientes y nada sistematizados de recolección de información (Arango, 2006, p 9).

Otros factores, en el mismo orden, que se presentan como problema - y dificultan un informe ideal de estadística - tienen que ver con: *cuestión de competencias y autonomía* (coordinación intra e interinstitucional), y *los números de control* (parte de novedades, averiguación previa iniciada, expediente del juzgado, expediente en el reclusorio, segunda instancia y otro parte para la apelación).

Se menciona que dicha situación de los números de control no permite realizar cualquier tipo de análisis ni rendición de cuentas, verbo y gracia, saber que tiempo pasa entre la detención, puesta a disposición, consignación ante un juzgado, sentencia y tiempo de sentencia cumplida. En tal circunstancia se señala que el desorden y el caos imposibilitan en gran medida la evaluación de todo el sistema en su conjunto.

Se suma a lo dicho la *educación*, para Arturo Arango Durán, (refiriéndose a México) a nadie se le ha ocurrido que el delito debe estudiarse y saber dónde, cuándo y cómo ocurre, para poder calcular la fuerza que debe contraponerse para combatirlo y, lo más interesante, para disminuirlo. Aclarando que en país referido no existe una tradición de capacitación en criminología, como tampoco en estadística o análisis delictivo, salvo algunas instituciones en el norte de México, Sonora y Chihuahua que cuentan con la carrera de criminología en aquella y maestría de políticas de seguridad en ésta.

Refiriendo a la *situación en los estados y gobiernos locales* hace la reflexión que todas las acciones y todo peso gastado en herramientas de seguridad pública tienen como fin último un par de objetivos fundamentales: la disminución de la delincuencia en primer lugar y en el segundo la disminución del miedo a la delincuencia. Dadas las cantidades que se destinan a la seguridad pública se logra equipamiento importante, pero si no se tiene en cuenta la meta señalada, sólo el fin de consumir presupuestos resulta ser un gasto no de calidad. Pues los sistemas que ha tenido oportunidad de conocer le resultan interesantes en la medida que no han funcionado para combatir la delincuencia, siendo vacíos y carentes de sentido.

En cuanto *Perspectivas y propuestas* trae 39 recomendaciones finales, de las cuales las

siguientes se consideran pertinentes a lo querido con el estudio:

1. "El propósito de la recolección, sistematización y distribución de la información sobre seguridad pública debe ser doble: reducir el delito y evaluar a las instituciones."
2. "Instaurar una comparación anual considerando las estadísticas oficiales y las encuestas de victimización."
3. "Adoptar un sistema que permita diferenciar entre incidente o atención a la ciudadanía y delito."
4. "Asegurar que todos los eventos atendidos por cualquier elemento, sean registrados y diferenciados, ya sea llamada de auxilio por accidente, o delito . o de cualquier tipo que ésta sea."
5. "Generar los enlaces correspondientes entre los incidentes y los delitos."
6. "El registro de los incidentes o delitos, debe ser tan desagregado como sea posible, además de saber si existe relación o trato entre víctima y agresor."
7. "Utilizar en la medida de lo posible, fuentes externas, como los medios de comunicación o juntas de vecinos o cualquier otra fuente que brinde información que permita conocer la magnitud de posibles hechos delictivos."
8. "Realizar encuestas de victimización y auto confesión, y utilizar los resultados en conjunto con las estadísticas oficiales."
9. "Homogeneizar y estandarizar la información a ser recolectada, en los diferentes niveles de atención y de gobierno, con el objeto de hacerla comparable."
10. "Publicar un informe anual, que contenga todos los elementos para el análisis espacial, temporal y ambiental del delito, en forma tal que se puedan identificar tendencias y reconocer patrones, así como se pueda evaluar la acción de las instituciones."
11. "Fomentar la participación de la comunidad, no para avalar acciones sino para planear actividades en conjunto y permitir que la comunidad pueda evaluar y reorientar las acciones."
12. "Establecer programas de capacitación formales e informales para que los interesados, puedan hacer un uso intensivo y extensivo de la información delictiva generada."
13. "Realizar auditorías externas, para garantizar la confiabilidad y la validez de la información."

CONCLUSIONES

La Criminología es inherente a las relaciones en sociedad y debe ser tenida en cuenta por los medios de control del Estado para determinar la posibilidad de controlar el delito, no en la penalización, sino en la prevención.

No existe una definición de Criminología que se tenga como última palabra del concepto, lo cual crea un marco amplio de posibilidades para su estudio, aunque, al mismo tiempo puede prestarse para confusiones en su aplicación, basadas en esta amplitud teórica.

La visión de la Criminología se puede abordar como contexto universal o local, siendo interesante la aplicación permanente de los resultados que sus investigaciones arrojen.

La Criminología no desvincula el delito y el delincuente por el contrario hace un ejercicio dinámico de relación, por cuanto el estudio de la Criminología implica una relación de control social y delito

La Criminología conlleva una relación de contexto entre violencia, delincuente, política, cultura, sociedad, individuo, delito. Lo cual permite unos resultados muy distintos a la mera aplicación de sanciones, para, en su lugar, pensar unos modelos de sociedad que permitan dinámicas de relación más equitativas y en donde los índices delictivos puedan disminuir.

La Criminología resulta de un ejercicio tanto académico como mediático. Por lo tanto es necesario profundizar en la relación existente entre medios de comunicación y violencia, al mismo tiempo que revisar el aporte que pueda hacer la criminología en la comprensión del delito y las formas de prevenirlo.

La Criminología en referencia con la estadística tiene que ver con la cifra aparente y la cifra legal. Cada institución cuenta con ciertas herramientas e instituciones para mostrar datos estadísticos que influyen en el ejercicio de la visión de la Criminología. Sin embargo, es claro que estos datos no son por sí mismos un resultado, sino, más bien, una huella que permite sacar conclusiones y establecer pautas de conducta por parte de los actores institucionales y sociales.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Pérez Francisco, (1999) Introducción al estudio de la criminología. Madrid. REUS S.A.
- Aponte Cardona. Alejandro (2006) Guerra y derecho penal del enemigo. Bogotá. Editorial Ibáñez.
- Arango Duran Arturo (2006) *"Información confiable: Los problemas de la información estadística"* México.
- Bustos Ramírez, Juan. (1983.) "La Criminología" en Pensamiento Criminológico I de Autores Varios. Bogotá. Editorial Temis.
- Carlos Mario. (1999). Introducción a la Criminología. Bogotá. Editorial Leyer.
- Cuello Calón, Eugenio. (1975) Derecho Penal. Editorial Nacional. México.
- Estadística oficial sobre la seguridad pública en México. www.seguridadpublicaenmexico.org.mx, consultado en Noviembre de 2008.
- Fierro Guillermo. (1964) Teoría de la Participación Criminal. Buenos Aires. EDIAR
- Fontán Palestra, (1970) Carlos. Tratado de Derecho Penal. Editorial Buenos Aires Abeledo-Perrot.
- Foucault, Michel. (2006). La Arqueología del Saber. Ed. Buenos Aires. Siglo XXI.
- Guzmán Dalbora José Luis (2010). Cultura y Delito, Bogotá, Temis
- Jiménez de Asúa, (1979) Luís. La ley y el delito. Editorial Suramericana. Buenos Aires.
- Hassemer y Muñoz Conde. Francisco (1989) Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Valencia Editores valencianos.
- Kaiser, Gunter. (1988). Introducción a la Criminología., Madrid, Editorial Dykinson.
- Kaiser Gunther (1983) estudios de psicología criminal volumen XVII Criminología una fundamentación a sus fundamentos científicos" Madrid. Espasa Calpe.
- Lamnek, Sifried. (1980.) Teorías de la Criminalidad. México Editorial Siglo XXI.
- Langle, Emilio (1927) Teoría de la Política Criminal. Madrid Editorial Reus,
- Peláez, Michelángelo. (1982.) Introducción al Estudio de la Criminología. Buenos Aires Editorial Desalma.
- Ramírez Tobón. William. Estado, Violencia y Democracia. Bogotá. IEPRI 1990
- Rawls John (1978) Teoría de la Justicia. México. Fondo de la Cultura.
- Reyes Echandía, Alfonso. (1987) Criminología. Bogotá Universidad Externado de Colombia... 7ª edición.
- Rodríguez Manzanera (1986) Luís. Criminología. Editorial México Porrúa.
- Roumagnó Carlos. (1907) la estadística criminal en México. México. Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística.
- Silva García Germán (2011) Criminología: Construcciones sociales e innovaciones teóricas. Bogotá. Instituto Latinoamericano de Altos Estudios .ILAE.
- Silva Sánchez. Jesús María. (1998) La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Lima editora jurídica Grijley.
- Zaffaroni Eugenio Raúl (2011) La Palabra De Los Muertos: Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires Argentina EDIAR.

TEORIA DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN FRENTE A LA LÓGICA DE LAS REGLAS DE LA ADICIÓN

THEORY OF THE EXTRAORDINARY APPEAL FA- CING THE LOGIC OF ARITHMETIC ADDITION RULES

TEORIA DO JULGAMENTO DE CASSAÇÃO CONTRA A LÓGICA DAS REGRAS DE ADIÇÃO

Ricardo Martínez Quintero^a

rimarquín@hotmail.com

ricardo.martinez@unicolmayor.edu.co

Fecha de recepción: 25 de Septiembre 2014

Fecha de revisión: 30 de Septiembre 2014

Fecha de aceptación: 3 de Octubre 2014

RESUMEN

Las siguientes líneas son constitutivas de un nuevo segmento del trabajo que se viene desarrollando en esta revista con el propósito académico de brindar a los lectores la oportunidad de revisar algunos comentarios que devienen de nuevos análisis sobre el recurso extraordinario de casación. El cual, por su especial carácter, llegó a considerarse inabordable por personas del común. Por eso nada mejor que seguir otorgando razones de distinto orden, en punto de la materia, a aquellos que libremente acuden a despejar dudas relacionadas con la verdadera naturaleza y esencia del mentado recurso con base en el texto constitucional de 1991 y la incidencia de este nuevo mandato constitucional en las decisiones del Tribunal encargado de dar la última palabra en el juzgamiento penal en Colombia. Lo anterior, con base en el sentido que deben tener los fallos en época de la metateoría de la argumentación jurídica, con

* El presente artículo es un resultado de la investigación académica en la línea de la filosofía y la historia que influye en el recurso de casación, acerca de lo cual se han publicado varios artículos en la revista *Misión Jurídica*.

a. Abogado Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho Penal 1984 y Especialista en criminología y Criminalística 1983, Universidad Externado de Colombia; Especialista en Derecho Procesal 1987, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora de Rosario y Especialista en Casación Penal 2004, Universidad La Gran Colombia con mención de Honor por la investigación titulada: "Los fines de la casación son el fundamento filosófico del recurso". Maestría en Filosofía Latinoamericana. Universidad Santo Tomás 2010, Especialización en Docencia Universitaria en la Universidad La Gran Colombia. Doctorado en Filosofía Universidad Santo Tomás de Aquino, 2011.

fundamento en los derechos de esta estirpe. Es decir, la sentencia desprovista de la mera legalidad para alcanzar el sentido de la constitucionalidad enderezada al cumplimiento real de sus fines: el respeto por los derechos fundamentales, que es la tautología de la custodia de la dignidad humana, visible a través del debido proceso. Haremos la propuesta de la revisión de la sentencia a partir de las leyes aritméticas de la adición para con ello destacar la necesidad de la operativa de la lógica en la construcción y tejido de los fallos de los jueces.

PALABRAS CLAVES

Constitución política, recurso de casación, justicia, axiológica, régimen, causales, épocas, legalidad, reglas, adición, lógica, jurídico.

ABSTRACT

The following lines constitute a new segment of the work that is being developed in this magazine with the sole purpose of providing academic readers the opportunity to review some comments that arise from further analysis of the extraordinary appeal. This special petition that came to be considered unapproachable by ordinary people. So, nothing better than to continue giving reasons of different order to point out on this topic to those who freely come to clear doubts regarding the true nature and essence of the aforementioned resource based on the Constitution of 1991 and the impact of this new Constitutional Mandate in the decisions of the Court responsible for giving the last word in a criminal trial in Colombia. This, this time based in the sense that verdicts should have in the metatheory times of legal arguments on the basis of rights on this lineage. That is, the void sentence without the mere legality to achieve the sense of constitutionality raised to the real fulfillment of its objectives: respect for Fundamental Rights which is the tautology custody of human dignity, visible through the due process. We will do the proposal to review this judgement from the laws of arithmetic addition to highlight the need of the operational logic in the construction and the net of the rulings of judges.

KEYWORDS:

Political Constitution, Extraordinary Appeal, justice, axiological, regime, grounds, periods of time, legality, rules, addition, logic, technical, legal regime.

RESUMO

As linhas a seguir são constitutivas de um novo segmento do trabalho que está sendo desenvolvido nesta revista acadêmica destinada à proporcionar aos leitores a oportunidade de rever alguns comentários que vêm de uma análise mais aprofundada do recurso extraordinário da cassação. Recurso que, devido ao seu caráter especial, passou a ser considerado inacessível por pessoas comuns. Então, nada melhor do que continuar a dar razões de outra ordem, no ponto da matéria, para aqueles que vêm livremente para tirar dúvidas a respeito da verdadeira natureza e essência do recurso acima mencionado com base na Constituição de 1991 e o impacto desse novo mandato constitucional nas decisões do Tribunal para dar a última palavra em acusação criminal na Colômbia. O acima mencionado, com base no sentido que devem ter as sentenças judiciais na época da Metateoria da argumentação jurídica, baseada em direitos desta linhagem. Ou seja, a sentença desprovida de mera legalidade para alcançar o sentido de constitucionalidade destinada para o real cumprimento de seus objetivos: o respeito pelos direitos fundamentais, o que é tautologia da custódia da dignidade humana, visível através do devido processo legal. Propusemos uma revisão da sentença, com base nas leis aritméticas de adição para assim realçar a necessidade de operações de lógica na construção e tecido das decisões dos juízes.

PALAVRAS-CHAVE

Constituição, apelação, justiça, axiológica, regime, causal, épocas, legalidade, regras, adição, lógica, legais.

INTRODUCCION

Las consideraciones generales que, sostenían, bastaba con obtener una sentencia penal para determinar cumplida la labor de administrar justicia, fueron las que comenzaron a destacar la poca importancia que, en el fondo, se le daba a una misión tal delicada, como es la decidir sobre

el futuro de un ser humano. Situación que puso en evidencia el texto constitucional de 1991, en el que la mera legalidad es uno de los muchos criterios con que debe acompañarse una decisión judicial, para con ella lograrse seguridad en el contexto de un sentido filosófico y jurídico.

De allí, la insobornable obligación de los estudiosos del derecho y su filosofía de atisbar en pensamientos que rompan las tradiciones interpretativas del simple texto legal, que sin desconocer su literatura y semántica, como orientares, no satisfacen a plenitud la hermenéutica a la que por mandato natural y racional deben someterse los fallos judiciales, para de ellos consolidar la efectiva aplicación de los mandatos que gobiernan el respeto de la dignidad humana.

Presupuesto catapultador de la idea que si una decisión casacional no es coherente con los postulados o reglas que rigen la aritmética en la operación de la adición, entendido el proceso como una secuencia organizada de actos para lograr un fin lógico, significa que hubo quebranto en uno de los factores que, por tal situación, no permitió obtener el resultado de conformidad con la razón. Por ende infértil para la producción de efectos jurídicos en un Estado Social de Derecho.

De acuerdo con estas referencias el lector encontrará una primera loa dedicada a la teorización del tema de la sentencia, lo que luego servirá para confrontarlo con lo que al respecto puede ocurrir respecto del análisis de una sentencia de casación. Con ello dejar en claro si la sentencia además de legal es constitucional. Ejercicio punto de apoyo de nuestra consideración acerca de que la casación constituye un juicio lógico, técnico jurídico de la legalidad constitucional de la sentencia. Trabajo en el que, para dejar constancia de la imparcialidad académica y la alteridad con que en tal clase de maniobras intelectuales debe obrarse, no se hará mención de ninguna jurisprudencia nacional o foránea.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Poner en claro que una sentencia no es simplemente darle fin a un proceso, en el caso de la casación con el pronunciamiento del más alto Tribunal de la justicia ordinaria en el país, es tarea inaplazable y de estricto cumplimiento de

quienes desde la academia con voces de libertad están llamados a llenar de argumentos y razones el sentido con que se mueve filosóficamente el derecho en la contemporaneidad.

La sentencia, vocablo que por su majestuosidad a todos siempre llama la atención, más ahora que nunca está llamado a colegirse como un acto de coherencia desde todos los puntos de vista, de tal manera que con ella no se resguarden los abusos y las iniquidades sino por el contrario, de conformidad con la humanización del derecho, en especial el penal, ella sea muestra del respeto a los derechos fundamentales de la totalidad de intervinientes en el rito procesal.

Desde esta perspectiva la sentencia debe contener los puntos respecto de los cuales no quepa la menor duda que es procedente su ejecución en la medida en que sobre ella reina el sentido ius filosófico del Estado Social de Derecho. Figura organizacional política, pero con base antropocéntrica, de la que deriva su primer corolario que es el del respeto por la dignidad humana. Por ende, si la naturaleza humana deviene de unos postulados inquebrantables, obedientes a una razón compartida por todos los seres de esta especie, ellos no pueden ser alterados por el derecho positivo por el prurito del ejercicio del poder, sino que más bien, por la misma razón, cualquier decisión que desde el derecho se tome, también debe ser obediente a esos postulados, que como principios son los que informan al juez las razones lógicas sobre las que requiere construir la sentencia. En otras palabras las leyes que rigen la naturaleza dentro de la cual está el hombre.

Las leyes matemáticas para el caso serán el mejor ejemplo.

METODOLOGIA

Esta investigación hace parte de la fundamentación teórica entregada en los anteriores cinco artículos de esta revista, razón por la cual para abordar de la mejor manera este texto resulta imprescindible la lectura lenta de aquellos.

Lo afirmado en tanto que la metodología aquí seguida a diferencia de las pasadas constituye un ejercicio de relación jurídica filosófica que impone un pensamiento abstracto mediado por

la dinámica que regula la matemática para explicar otras aristas que surgen de la aplicación práctica de la casación. Que como recurso extraordinario en un Estado Social de Derecho supone su fundamentación en los criterios lógicos en que subyacen los derechos fundamentales como postulados incontrovertibles de la naturaleza humana.

El ejercicio teórico cuenta con el apoyo doctrinal de los profesores LORENZO MATEO VADELL, HECTOR ELIAS HERNANDEZ VELASCO y ORLANDO PARDO MARTINEZ, expositores en los congresos XXXV del Congreso De Derecho Procesal y IV de Derecho Procesal Constitucional celebrados este año en Cartagena, con lo cual se honra nuestra humildad académica aunándose a visiones foráneas sobre el tema, hecho que nos permite deducir la nueva aventura por la que, sin miramientos netamente legales, debe otorgarse también es recurso. Elemento sostenedor de la seguridad jurídica de conformidad con la teoría racional del discurso con base en la argumentación jurídica.

DE LA SENTENCIA Y SU ESENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Hoy en día hablar de sentencia implica reconocer la constante de las personas a considerarla como el juicio propiamente dicho y razón les asiste en la medida en que cultural y religiosamente la sentencia, como parte oclusiva de un ejercicio intuitivo, intelectual o justiciero, requiere de la permanente compañía del juicio. El cual se materializa en un veredicto definitorio de la situación, cuyo tema central reclamaba la asunción de una medida con efectos ciertos y aplicables.

Polisemia que todavía sigue más allá, y en realidad, la aceptación probablemente más importante sea otra, utilizada con frecuencia en el Medioevo, y que en nuestros días muestran aún su complejidad interdisciplinar y su importancia central para el Derecho y para la vida colectiva en general. El "juicio" como "decisión, final y debidamente motivada, por la que el juzgador muestra su opinión sobre el asunto litigioso que ha sido planteado"¹, satisfaciendo las

¹ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, "El juicio jurisdiccional", en *jurisdicción, acción y proceso*, Barcelona, 2008 (redactado en 1967), pp.69-134; GÓMEZ DE LIANO y GONZÁLEZ,

exigencias contenidas en las Constituciones esquematizadoras de Estados de Derecho en todas sus formas. En el caso nuestro de Estado Social, que por esta precisa característica reclama respeto pleno de los derechos fundamentales y las garantías procesales consignadas a lo largo del sistema jurídico. Valga decir, la tutela judicial efectiva que implica, en sustancia, la obtención de una sentencia motivada sobre el fondo, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, pero que podrá hacer también de inadmisión cuando concurra causa legal para ello, apreciada debidamente por el juzgador².

Una decisión donde se unen elementos de "re-creación" de los hechos, interpretación de la norma y, finalmente, de valoración del juez de todo ello. Se trata del punto central donde tiene su culminación la relación entre Derecho y Proceso³ y, en definitiva, la declaración de lo que sea derecho concreto entre las partes del litigio, y a veces, mas allá de los sujetos que efectivamente han comparecido ante el órgano jurisdiccional, como por ejemplo en los procesos colectivos bien conocidos en el ordenamiento colombiano.

Por eso concurren en este punto consideraciones jurídicas como también filosóficas - si se quiere más concretamente argumentativas -, por su puesto psicológicas, con un papel más decisivo del que tradicionalmente nos ha parecido, y en ocasiones además, implicaciones de otras ciencias, incluidas las

Fernando, *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*, 3ª ed., Oviedo, 1995, pp.164-170; ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso Y Derecho Procesal (Introducción)*, 2ª ed., Madrid, 1957, P.192, "la estructura del proceso se desarrolla (...) a través de un procedimiento, pero este procedimiento se resuelve en la forma lógica de un juicio, un juicio que es normativo en cuanto la voluntad de los interesados se enlazan a sistemas ideales de razones, y la voluntad del órgano decisor se funda en el mismo sistema ideal".

² Por todas, la, STC47/1988, de 21 de marzo, FJ.4º: "el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a obtener resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concurra causa legal para ello y si se aprecie por el Juez o Tribunal mediante Resolución motivada, basada en el existencia de causa impeditiva prevista por la Ley, que no vaya en contra del contenido esencial del derecho --- que ha de respetar el legislador---, y aplicada con criterios interpretativos favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental, de forma que la negación de concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria ni irrazonable".

³ Cfr. RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, pp. 169 y ss. Particularmente en la página 182 afirma: "... es aceptable utilizar las categorías de juicios históricos, lógicos y de valor para describir la génesis del juicio jurisdiccional".

de la Naturaleza, como ponen de manifiesto los trabajadores de moda en los últimos años sobre las llamadas “pruebas científicas”⁴ y la relevancia que se da en muchos casos, civiles y penales, en la determinación del ADN y, consiguientemente, a la aplicación de día en las garantías de la cadena de custodia de los elementos probatorios para obtenerlo⁵.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define juicio, como “opinión, parecer o dictamen”, definición por supuesto de entrada ya que, para los efectos de administración de justicia material, es menester involucrar otros elementos para hacerla sólida frente a un Estado Social de derecho. Hecho que, en principio, como se viera atrás, entiende al juicio también como “facultad del alma, por la que el hombre puede distinguir el bien o el mal y lo verdadero y lo falso”, aunque nos presenta algunas perspectivas que no deberemos dejar de lado: no solo la dimensión ética de la decisión del juzgador⁶, sino también la relación de esa decisión con la verdad, así como el problema, siempre complicado, de las llamadas sentencias injustas.

El concepto de juicio tiene una relevancia todavía mayor si se observa que para llegar a este momento decisivo es necesario antes hacer muchas cosas. Nos lo muestra bien a las claras Lewis CARROL en el juicio de las tartas de Alicia en el País de las Maravillas⁷. En esa alocada y trepidante narración, el Rey, que ejerce de Juez, ordena el Conejo Blanco leer la acusación. De inmediato se narran los hechos con toda solemnidad. A toda prisa se dirige el Rey al Jurado para que se pronuncie su veredicto, pero le interrumpe de pronto el Conejo: “¡Todavía no! ¡Todavía no! Hay mucho que hacer antes de eso”.

Desde esta perspectiva resultaría superado en buena parte para el Derecho Procesal el debate sobre la existencia de diversas verdades⁸, especialmente la verdad formal y la verdad

material, es decir, la verdad a la que se haya podido llegar en el proceso con todas las limitaciones de la prueba, y la verdad real o “verdadera”, que a veces permanece oculta en el proceso. Ya CARNELUTTI afirmó que “la verdad es como el agua: o es pura o no es verdad”⁹ y mucho más recientemente, uno de los más destacados procesalistas actuales, Michele Taruffo publicó en Italia un libro con un título muy significativo: *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, que ha sido traducido al español con otro título, igualmente interesante:

Simplemente la verdad. El juez y la reconstrucción de los hechos, donde destaca que “el juez es realmente imparcial en tanto busca de forma objetiva la verdad de los hechos, haciendo de ella el verdadero y exclusivo fundamento racional de la decisión. Aún más, desde este punto de vista del punto de la verdad se vuelve una nota esencial de la imparcialidad del juez”¹⁰.

Bien es cierto, el propio sistema constitucional y la necesidad de ponderar derechos fundamentales conllevan límites en esa búsqueda como muestra la complejidad de la doctrina de la prueba ilícita o prueba ilegal¹¹.

Así las cosas, huelga decir la cantidad de elementos que desde la episteme obran para asegurar una teoría del conocimiento en la producción de una sentencia, como resultado de inmersiones a todo nivel y sobre distintos temas, siempre buscando el fallo corresponder desde los más elementales principios hasta los más cargados de científicidad, pero, en todo caso, la sentencia amparada en la lógica y la racionalidad; como lo señalan los últimos estudios del discurso racional como fundamento de la teoría de la argumentación jurídica. En últimas, la ecolalia constitucional de la sentencia al leerse su contenido. Esa Constitución guardiana de derechos fundamentales, de los que no puede apartarse en su reconocimiento el juzgador, y por ende la condición del fallo de sostenerse en sí mismo y así mismo frente a reglas de la lógica

4 Cfr. TARUFO, M. y NIEVA FENOL, J., (Dir.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013.

5 Cfr. DEL POZO PÉREZ, Marta, “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.

6 No por casualidad como virtud ética ya se encontraba en el Libro V de la *Ética Nicomáquea* de Aristóteles.

7 CARROLL, Lewis, *Alicia en el País de las Maravillas* cap. 11.

8 Cfr. HAACK, Susan, *Putting Philosophy to Work, Inquiry and Its Place in Culture*, New York, 2008, pp. 43-60

9 CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Roma, 2.ª ed., 1947, p.34

10 TARUFFO, Michele, “La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti”, Roma, 2009

11 Cfr. HUERTAS MARTÍN, Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, 1999, pp. 128-167, y ARMENTA DEÚ, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid, 2ª ed., 2011.

cuya máxima expresión de tiempo atrás, cuando el hombre empezó a filosofar sobre el ser, sentó su residencia presupuesta en las matemáticas, en especial en las reglas de la operación de la suma o adición.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL: LA REIVINDICACIÓN AXIOLÓGICA DE LO JURÍDICO

De conformidad con lo anterior, la doctrina constitucional actual adopta un particular modelo constitucional a defender, en el cual la Carta se aplica en razón o en función de su particular contenido y no dependiendo de su desarrollo legal, en ese sentido no será el legislador, o la ley, la fuente básica o definitiva para el operador de justicia, sino el principio o valor contenido en la Carta, ponderado racionalmente por el juez. Superación del modelo ius-positivista clásico en el sentido de que lo que justifica la decisión no será la norma o ley necesariamente, ni su cadena jerárquica, sino la remisión expresa al texto constitucional, el cual le permite un acceso directo al discurso moral-axiológico que esta contempla, lo cual implica una necesaria reconsideración en la conexión entre derecho y moral. En tal medida se abandona el carácter o la concepción de un modelo descriptivo de la norma constitucional, es decir, se supera esa perspectiva descriptiva para pasar a un modelo vinculante-prescriptivo, modelado hacia su eficacia material. En ese orden, la interpretación jurídica en el nuevo desarrollo del constitucionalismo implica cambios, como:

- El control de constitucionalidad: El sujeto de interpretación constitucional, si se trata de un modelo concentrado o difuso, determinará su peculiaridad sin desnaturalizar el modelo. En ese sentido, cada modelo en relación con la interpretación constitucional determina al sujeto competente para la interpretación, control y aplicación, tanto de la ley, como de la Constitución.
- La administración de justicia y los efectos peculiares de las sentencias, lo cual tiene relación con los corolarios derivados de la aplicación del texto constitucional en la sentencia del juez constitucional, si es ínter partes o erga omnes. Ello marcará su relevancia y trascendencia socio - política, sobre todo en las decisiones de los altos Tribunales de Justicia.

- La hermenéutica jurídica: Al examinarse cuál sería la especificidad de la interpretación de la Constitución estableciendo técnicas argumentativas en derecho constitucional derivadas o aplicadas de acuerdo con el órgano que emite la decisión, dado que se podría estar frente a un modelo descriptivo de Constitución concebida como norma y, en tal sentido, el operador judicial toma el texto normativo y examina sus atribuciones desde el punto de vista formal por el sujeto, por las técnicas o señalamientos particulares de argumentación o por los efectos determinantes en la Carta. Por el contrario, en un modelo axiológico de Constitución, concebida como norma fundamental, es decir, como texto jurídico, se rebasa la concepción clásica de ley en el sentido de tener un discurso jurídico que se conecta con uno moral. Por ello su interpretación no puede prescindir de juicios morales por parte del intérprete, ya que este modelo supera el modelo clásico ius-positivista de tratar de subsumir el caso a la norma, o la norma al caso, pues se requiere una valoración y una articulación argumentativa para resolverlo - ponderación-. De tal forma este paradigma interpretativo supera el concepto de Constitución, como mero instrumento limitador y organizador del poder político para establecerlo, también, como un instrumento modelador de relaciones sociopolíticas, socioculturales etc., como hemos indicado, de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho y derechos.

LA SENTENCIA RESULTADO DEL PROCESO, FRENTE A LAS LEYES MATEMÁTICAS DE LA ADICIÓN

He sostenido incansablemente, salvo mejor criterio racional, que la sentencia es unidad fáctica jurídica, por ende inescindible en su estructura, criterio este diverso a la consideración expuesta para ello, por la inmensa mayoría de doctrinantes y la jurisprudencia, en el sentido de que tal carácter deriva de la objetividad manifiesta entre la homogeneidad de los dichos de primera y segunda instancias.

En consecuencia, el papel visible por cumplir cada uno de los protagonistas del recurso, será: de un lado el recurrente, intentando demostrar el error o yerro trascendente y, de

otro lado el Tribunal de casación, sosteniendo la constitucional vigencia de la presunción de acierto y legalidad. De tal suerte, conocido el proceso como una sumatoria de actos facilitadores del juicio dialéctico, la sentencia es el referente de impugnación, que de hallarse en contravía de la lógica impuesta por las Leyes de la suma, implicaría su inmediata ruptura.

Veamos cuál la operativa de lo anterior, para poder tejer el teorema y subsiguiente paso el de postular el corolario de la casación.

LA LEY DE UNIFORMIDAD¹²

Esta Ley puede enunciarse en tres modos que son equivalentes:

1. La suma de varios números dados tiene un valor único o siempre es igual.

$$3 \text{ sillas} + 4 \text{ sillas} = 7 \text{ sillas}$$

$$3 \text{ mesas} + 4 \text{ mesas} = 7 \text{ mesas}$$

$$3 \text{ días} + 4 \text{ días} = 7 \text{ días}$$

Vemos, pues, que la suma de 3 y 4, cualquiera que sea la naturaleza de los conjuntos que ellos representen, siempre es 7.

2. Las sumas de números respectivamente iguales son iguales.

Si en cada aula de un colegio cada asiento está ocupado por un alumno de modo que no queda ningún alumno sin asiento ni ningún asiento vacío, tenemos que el número de alumnos de cada aula es igual al número de asientos del aula.

Si sumamos los números que representan los alumnos de cada una de las aulas, esta suma será igual a la suma de los números que representan los asientos de cada una de las aulas.

3. Suma de igualdades. Sumando miembro a miembro varias igualdades, resulta una igualdad.

Así, sumando miembro a miembro las igualdades

$$\begin{array}{rcl} a & = & b \\ c & = & d \\ m & = & n \end{array}$$

$$\text{resulta } a + c + m = b + d + n$$

Sin duda, esta Ley sería inaplicable en el debate de casación, pues el valor único, idéntico o igual, no es predicable del proceso, en el que lo distractivamente acumulativo daría paso a lo progresivo. El hecho de que una persona, con base en el antiguo sistema, hubiera recibido medida de aseguramiento no determinaba que se le acusara luego, menos que se le condenará. Recuérdese el rótulo provisional de las citadas decisiones. Adicionalmente debe advertirse que el único factor de análisis de los sumandos no es el de las formas propias del juicio, entendidas incorporadas al derecho fundamental del debido proceso, sino también de las distintas variables contenidas en el desarrollo de la actividad judicial penal, piénsese en el número de procesados, elemento del cual no depende la decisión como idéntica. Una de las razones elementales, porque la responsabilidad penal es personal.

LA LEY CONMUTATIVA¹³

El orden de los sumandos no altera la suma.

Ejemplo:

Si en la suma

$$2 \text{ libros} + 3 \text{ libros} + 4 \text{ libros} = 9 \text{ libros}$$

Cambiamos el orden de los conjuntos sumandos, el conjunto suma no varía, porque contiene el mismo número de elementos y así, tenemos:

¹² BALDOR, Aurelio. Aritmética. Teórico – Práctica. 27 ed. Bogotá: Cultura Colombiana, Ltda., 1969. p. 62.

¹³ Ibid. p. 63.

$$3 \text{ libros} + 2 \text{ libros} + 4 \text{ libros} = 9 \text{ libros}$$

$$4 \text{ libros} + 3 \text{ libros} + 2 \text{ libros} = 9 \text{ libros}$$

Por tanto, podemos escribir que:

$$2 + 3 + 4 = 3 + 2 + 4 = 4 + 3 + 2 = 2 + 4 + 3, \text{ etc.}$$

En el proceso penal, el orden de los factores sí altera el producto. Deducción aparentemente sencilla, sin requerimientos adicionales de explicación, si no fuera por el análisis que debe darse al lugar que ocupan las normas dentro del sistema, de acuerdo con las pretensiones del legislador. Miremos. En la Ley 600 de 2000, el primer precepto atañero a la casación, que no al recurso, establecía la procedencia – artículo 205 – a tiempo que los fines, las causales y la legitimación en las normas siguientes artículos 206, 207 y 209.

No obstante, ahora, encontramos un diseño diferente en la Ley 906 de 2004: artículo 180 finalidad, 181 procedencia, éste último recolector de las causales, para ocluir con la legitimación en el 182 ejusdem. Hecho de donde surge la importancia del ordenamiento sistemático de las normas, de ahí que sin reparos admitamos, entre otras razones, el porqué de la aparición de un vocablo axiológico, en el artículo 180, referido a las garantías de los intervinientes: “El respeto”, alocución extraña al texto de la Ley 600 de 2000. Sin duda, no es lo mismo la pretensión de efectividad del derecho material y de las garantías de los intervinientes - no de las partes - a la búsqueda de la efectividad del primero, producto del carácter de la clase de justicia que maneja el derecho positivo, y al respeto de las garantías de los intervinientes. Es posible, para no amparar sin excepción la regla, satisfacer la efectividad sin el debido respeto, pero no lo contrario, ya que el valor impone la subsiguiente efectividad. No se pierda de vista el molde estructural del Estado Social de derecho, por contera la variación en la relación de los autores según el esquema; republicano, antes; antropocéntrico, ahora. Al respecto García Amado, apunta:

El derecho constituye, para Viehweg, un campo dominado por el modo de pensar tópico, por cuanto que la solución de problemas concretos que en la decisión jurídica se lleva a cabo está marcada por la presencia de lo que llama la “aporía fundamental”

qué sea lo justo aquí y ahora. Esta situación aporética del pensamiento jurídico obedece a la imposibilidad de que pueda constituirse con el derecho ninguna forma de sistema axiológico de preceptos o principios, del que las soluciones para cada caso se sigan mediante una pura operación deductiva dentro del sistema. Un sistema tal, ajeno a toda discusión, es imposible, no sólo porque el método tópico de discusión estaría presente ya previamente a él en la elección de sus axiomas, sino porque exigiría una perfecta formalización del lenguaje jurídico, que evitase la necesidad de su interpretación para la decisión de cada caso. La constante presencia de la cuestión acerca de qué sea para cada caso lo justo lleva a Viehweg a sostener que las premisas para la decisión se obtendrán a partir del catálogo de tópicos disponibles, ya sean generales o específicamente jurídicos, que el criterio que rige la legitimación de tales premisas como adecuadas será la aceptación de los interlocutores y que la discusión es la única instancia de control.

El amplio eco de esta obra de Viehweg posiblemente se explique más por la originalidad de sus planteamientos al rescatar la tópica y por la radicalidad de su crítica a los intentos de extender el campo del método jurídico los esquemas de la lógica deductiva y del método axiológico, que por ofrecer propuestas concretas que solucionen los principales interrogantes que para la metodología jurídica se plantean a partir de tales críticas. Hay en Viehweg anticipaciones de muchas de las que serán posteriormente ideas centrales de las teorías de la argumentación jurídica, como la insistencia en el diálogo y la discusión como fuente de la legitimación para los criterios valorativos que rigen la decisión, la remisión a un cierto consenso de los más sabios respecto a la actitud de los argumentos en litigios etc¹⁴.

Para quien escribe, no empecé, el respeto es la base fundamental para una convivencia sana y pacífica entre los miembros de la sociedad mundial. Para practicarlo, ojo, es menester tener una lúcida noción de los derechos fundamentales. En consecuencia, indudable el lazo de unión entre el respeto y la responsabilidad, que es la consciencia para reconocer las consecuencias de nuestras acciones y omisiones con respecto a nosotros mismos y los demás. Los respetuosos

¹⁴ GARCIA AMADO, Juan Antonio, “Escritos sobre filosofía del derecho”, Ediciones Rosarinas, Buenos Aires, 1997.

son sencillos, atentos, considerados, cordiales, responsables, solidarios. Los irrespetuosos son desconsiderados, abusivos, groseros, egoístas, ofensivos y dañinos.

LEY ASOCIATIVA¹⁵

La suma de varios números no varía sustituyendo varios sumandos por su suma.

Ejemplos

1. Si A tiene 5 años, B 6 años y C 8 años, sumando edades, tendremos: 5 años + 6 años + 8 años = 19 años

El mismo resultado se obtiene si sumamos primero las edades de A y B, lo cual se indica incluyendo estas cantidades en un paréntesis, y a esta suma le añadimos la edad de C:

$$(5 \text{ años} + 6 \text{ años}) + 8 \text{ años} = 19 \text{ años}$$

—————

11 años

Porque en ambos casos el conjunto suma contendrá el mismo número de años. Luego tenemos que $5 + 6 + 8 = (5 + 6) + 8$.

2. Igualmente se tendrá:

$$3 + 4 + 5 + 6 = (3 + 4) + (5 + 6) = 3 + (4 + 5 + 6).$$

Se itera en el carácter progresivo del proceso, para con él significar la sumatoria de actos, pasos, ritos, etc, pero con el común denominador de la aplicación de los principios, sobre los cuales descansa la opción de verificar la garantía de los derechos fundamentales. Entonces vendría aplicable ésta Ley a la sentencia que se impugna extraordinariamente, como quiera su entidad de punto conclusivo del debate. Es decir, el fallo es resultado antecedido factorialmente. Por eso

¹⁵ Baldor. Op cit., p. 63.

es imposible descartar su permanencia como producto de los elementos, sin cuya presencia se hubiera facilitado la construcción del aquél. No se pierda de vista la unidad fáctico – jurídica. Bastaría en el tópico agregar la doble vía del enunciado de ésta Ley, cuando lo disociativo es recíproco para la interpretación de lo asociativo. Por eso en los renglones siguientes apenas se enunciará.

LEY DISOCIATIVA¹⁶

La suma de varios números no se altera descomponiendo uno o varios sumandos en dos o más sumandos.

Repítase, esta Ley es recíproca de la Ley Asociativa

Ejemplo

1. En la suma $10 + 3$, puesto que $10 = 8 + 2$, tendremos que:

$$10 + 3 = 8 + 2 + 3.$$

2. En la suma $12 + 15$, puesto que $12 = 9 + 3$ y $15 = 7 + 6 + 2$, tendremos:

$$12 + 15 = 9 + 3 + 7 + 6 + 2.$$

LEY DE MONOTONÍA¹⁷

Consta de dos partes:

1. Sumando miembro a miembro desigualdades del mismo sentido con igualdades resulta una desigualdad del mismo sentido.

¹⁶ Ibid. p. 64.

¹⁷ Ibid. p. 64 - 65.

EJEMPLOS:

(1) Siendo $8 > 3$
 $5 = 5$

 Resulta $8 + 5 > 3 + 5$
 $13 > 8.$

(2) Siendo $a < b$
 $c = d$
 $e < f$
 $g = h$

Resulta $a + c + e + g < b + d + f + h.$

Sumando miembro a miembro varias desigualdades del mismo sentido, resulta otra desigualdad del mismo sentido

Ejemplos:

(1) Siendo $5 > 3$
 $4 > 2$

 Resulta $5 + 4 > 3 + 2$
 $9 > 5.$

(2) Siendo $a < b$
 $c < d$
 $e < f$

resulta $a + c + e < b + d + f.$

ESCOLIO

Si se suman desigualdades de sentido contrario, el resultado no puede anticiparse, pudiendo ser una desigualdad o una igualdad.

Quizá ésta ley, es la que más facilita el entendimiento de la urgencia de romper un fallo, cuando deviene producto de distintos desigualdades manifiestas en la perturbación y arrasamiento del debido proceso, establecido constitucionalmente en el artículo 29 de la Carta.

En efecto, la Sentencia atacada puede mostrar una aparente sanidad, máxime si vence el plazo determinante de su ejecutoria. Por eso en la Universidad para lograr llevar el mensaje a los discípulos, decimos, una sentencia con los signos vitales: respira, siente dolor, tiene temperatura, presión y tensión. Lo cual, sin embargo, no significa que jamás pueda volverse sobre los hechos promotores del trámite judicial. La acción

de revisión es la encargada de reestablecer el concepto justicia en aquellos casos de auténtica incoincidencia entre lo fáctico y lo jurídico, esto último representado por la Sentencia.

Así las cosas, conveniente atizar en el análisis de esta ley, sobre el alto relieve del concepto debido proceso en relación con las garantías, que comparten un orbe escénico distinto al conocido por los viejos casacionistas, de reducir el debate al mero juicio de legalidad. En la actualidad éste se vierte lógico, técnico y jurídico de la legalidad constitucional de la sentencia. Componente temático de especial interés para quienes, sin distinta animosidad a la de contribuir desde la academia en la tarea de rescate de la cuna del recurso extraordinario, buscamos darle su verdadero alcance frente al compromiso adquirido por aquél, en beneficio de la humanidad, para separarla de los abusos, del ejercicio omnímodo

del poder y de las tesis monistas agresoras de los derechos fundamentales. Veamos.

EL RECURSO DE CASACIÓN: JUICIO LÓGICO, TÉCNICO, JURÍDICO DE LA LEGALIDAD CONSTITUCIONAL DE LA SENTENCIA

Si bien el desarrollo de éste tópico reclama una auscultación pertinaz sobre, entre otros aspectos, la naturaleza, la estructura, el sistema, la clase de la sentencia, creemos conveniente para no defraudar a nuestros lectores, aclarar que lo que aquí haremos, será simplemente poner de manifiesto el escenario dentro del cual se debe debatir el recurso extraordinario.

En este orden, de una vez por todas, queda desalojado, hasta de la teoría, que el recurso cumpla una finalidad de casación o de creación de jurisprudencia, esto último sin afectación de la unificación de la jurisprudencia, que es otra cosa. Función nomofiláctica.

A lo que nos referimos es a la factura inescindible del *factum* y el *ius*. Entonces, con base en esta premisa, fácil determinar al fallo como referente de ataque a través de los mismos métodos que se predicen dinamizaron su confección. Entre estos la dialéctica con el impulso del juicio lógico deductivo del juez (Ley Asociativa), habilitador de la presentación de los ataques dirigidos en contra de esa anunciada unidad, acompañada con la exposición de una verdad. Es lo que explica la teoría de los errores de hecho y de derecho. Los primeros referidos a las pruebas y los segundos a las normas, dice el legislador en el numeral 1 del Artículo 181 del C.P.P.:

falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso; al tiempo que el numeral 3 advierte el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la Sentencia. **Negrita fuera del original.**

Por contera determinado de primer elemento – juicio lógico -.

Lo técnico jurídico, consecuencia de la negación del recurso del carácter ordinario, por ello la estabilidad de la exigencia metodológica de la impugnación, coincidente con la técnica. Elementos delatores de la lógica aplicada inserta en la sentencia: Los enunciados constitutivos, de variables. De ahí la continuación de la posibilidad del debate, respetuoso del marco impuesto por el sentido extraordinario. Finalmente legalidad constitucional de la sentencia, pues, roto el límite de la simplista legalidad ésta es superada por el concierto universal del derecho penal, tal como aconteció en 1789 y la humanidad dio luz al recurso. Bloque de constitucionalidad, norma constitucional o legal, llamada, lo dice todo. Metalógica. Mejor a lo que refiere Ferrajoli como el carácter supraestatal de los derechos fundamentales. Ámbito integrador del concepto antropocéntrico del derecho, fundamento constitucional nuestro – Artículo 1 de la Carta política -.

Fascinante al respecto ésta literatura de Santiago Nino, en su obra “Ética y derechos humanos”.

El antídoto que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente de desgracia es precisamente la idea de los derechos humanos. No obstante, antecede tan remotos como lo fueron españoles, las cartas inglesas, las declaraciones norteamericanas, etc., es con la declaración con los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que se hace completamente explícitos que la mera voluntad de las fuertes no es una justificación última de acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser un hombre constituye un título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros. Todavía resulta impresionante la sentencia del prólogo de la declaración de la asamblea francesa que dice que “La ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos”.

(...) el derecho se ha trastocado: la política y la legalización producto de ella se subordinan también al derecho. De este modo, no es ya el derecho el que puede ser concebido como el instrumento de la política, sino por el contrario, es la política la que debe ser asumida como instrumento para la

actuación del derecho y más precisamente de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto a la vez jurídico y político que es la constitución. Si es el plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta es la disociación entre vigencia y validez de las leyes, en el plano de la teoría política se manifiesta en un cambio correctivo de la naturaleza misma de la democracia. Esta no se reduce ya simplemente a su disminución política que produce la forma representativa y mayorista de la producción legislativa y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una disminución sustancial impuesta por los principios constitucionales y en particular por los derechos fundamentales que vinculan de igual modo el contenido de las leyes condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía¹⁸.

CONCLUSIONES

Verificado el hecho de cómo la norma implantada en vigencia de la Constitución de 1886, destinada al establecimiento de los fines de la casación, pasó a la órbita del texto constitucional de 1991, señalando al efecto la efectividad del derecho material, la unificación de la jurisprudencia, la reparación del daño inferido a las partes con la sentencia y la protección de las garantías fundamentales; tal acontecimiento verificó para el derecho interno que se siguiera atendiendo el contenido literal del precepto en detrimento de la validez jurídica y política de algunas decisiones tomadas en sede extraordinaria.

Razón por la cual ha venido imperando el categórico de las garantías fundamentales sobre el de los derechos fundamentales. Situación que, por desatender el contenido constitucional del artículo 230 en el sentido de que los jueces en sus decisiones deben someterse al imperio de la ley – constitucional –, invita a revisar la actitud judicial frente a la comunidad jurídica nacional, académica y progresista del derecho. Filosofía del derecho, no es ciencia del derecho, tampoco dogmática jurídica.

Por eso cuando hay situaciones de la magnitud advertida, se impone el ejercicio de determinar hasta dónde tal suceso ha obstaculizado el ingreso

del prometido estado social de derecho al seno de la sociedad colombiana, de un lado porque la administración de justicia constituye una de las principales funciones públicas monopolizada por el Estado y, de otro, porque si la fundamentación de aquel estriba en el respeto de la dignidad humana, ello denota que por la naturaleza del proceso penal, lo más lógico pensar es que las actuaciones penales deontológicamente, sin excepción, han de mostrarse como uno de los elementos de mayor credibilidad ante la ciudadanía, a fin de que esta no se sienta tratada de manera diversa a la ordenada por la ley mayor.

En ese orden de ideas fluye claro que los fines de la casación son en la actualidad el fundamento filosófico del recurso, cuando, se repite, con base en la Constitución de 1991, tal teorema ha debido variar, abriendo paso al nuevo que no puede ser otro que el fundamento filosófico inserto en aquella determina los fines estatales y sociales de la casación, la cual, no sobra recordar, fue parida por un movimiento revolucionario como conquista en oposición al ejercicio omnímodo del poder y de los abusos de quienes lo ostentan.

Por manera que con el nuevo Código de Procedimiento Penal – inclusorio del sistema acusatorio en Colombia – se pone a las claras que efectivamente fue necesario valerse de la norma por la norma para que se viera la casación como un control constitucional, respetuosa del bloque de constitucionalidad y de los derechos fundamentales. Discurso en nada especulativo amén a que de conformidad con la pluma del legislador, se otea que lo protegido hasta ahora como principal – norma legal y garantías fundamentales – quedará relegado por lo dispuesto matricialmente por la Constitución. Elemento de juicio que permite repensar la situación después de una década, en la que en más de una oportunidad se extendió el debate por la incidencia de la tradición costumbrista resignando a la espera histórica la real y plena aplicación de los mandatos constitucionales. Suceso corrido en el ámbito de una de las fortalezas del poder del Estado, cual es la administración de justicia en lo penal. Por eso innegable la trascendencia de estos nuevos categóricos axiológicos y deontológicos sobre algunas de las decisiones que se han venido tomando por nuestra Corte Suprema de Justicia desde la aceptada marcha del nuevo código de procedimiento penal. Eco de lo anterior la por siempre formulación del interrogante

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989. p. 2.

¿Prevalecerá la materialidad de la ley a costa de la vulneración de la dignidad humana?

Por todo lo pensado, dicho y escrito no solo aquí sino en los números precedentes de esta revista jurídica, es indispensable que los jueces no pierdan el norte despistándolo con la mera lógica de los fallos, sino que atiendan con longanimidad y discreción los valores fundamentales contenidos en la Constitución,

en los tratados públicos sobre derechos humanos, las garantías penales y procesales, paralelamente con los ideales de la comunidad jurídica nacional e internacional con referente inamovible en la paz, la justicia social, la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la solidaridad etc.

- ARAGONESES ALONSO. Pedro, *Proceso Y Derecho Procesal (Introducción)*, 2ª ed., Madrid,

BIBLIOGRAFÍA

- 1957.
- ARMENTA DÉU, Teresa, *La prueba ilícita (Un estudio comparado)*, Madrid, 2ª ed., 2011.
 - BALDOR, Aurelio. *Aritmética. Teórico – Práctica*. 27 ed. Bogotá: Cultura Colombiana, Ltda., 1969.
 - CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile, Roma, 2.ª ed., 1947.*
 - CARROLL, Lewis, *Alicia en el País de las Maravillas*, Nordica, Ciudad de México, 1989.
 - GARCIA AMADO, Juan Antonio, *“Escritos sobre filosofía del derecho”*, Ediciones Rosarinas, Buenos Aires, 1997.
 - HUERTAS MARTÍN, Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Barcelona, 1999,
 - SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “El juicio jurisdiccional”, en *jurisdicción, acción y proceso*, Barcelona, 2008.
 - GÓMEZ DE LIAÑO y GONZÁLEZ, Fernando, *Introducción al Derecho Procesal (Abogacía y Proceso)*, 3ª ed., Oviedo, 1995.
 - DEL POZO PÉREZ, Marta, “La cadena de custodia: tratamiento jurisprudencial”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 30, 2013.
 - HAACK, Susan, *Putting Philosophy to Work, Inquiry and Its Place in Culture*, New York, 2008.
 - NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.
 - RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978.
 - TARUFFO, Michele, *“La semplice verità. IL giudice e la costruzione dei fatti”*, Roma, 2009
 - TARUFO, M. y NIEVA FENOL, J., (Dirs.), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013.
 - VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés, *Derecho Procesal Cosntitucional*, Editores Ltda.
 - Instituto Colombiano de Derecho Procesal, XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.
 - Constitución Política de Colombia.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos puestos a consideración del Comité Editorial de la Revista Misión Jurídica deben ser inéditos; en consecuencia, aquellos manuscritos que hayan sido publicados en otras revistas o publicaciones técnico-científicas no serán aceptados.

La Revista Misión Jurídica acepta artículos originales de los siguientes tipos, en concordancia con lo requerido por el programa Publindex de Conciencias.

Artículo de investigación científica y tecnológica: Documento que presenta de manera detallada los resultados originales de proyectos de investigación. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Resultados, Discusión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

Artículo de reflexión: Documento que presenta resultados de investigación desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica del autor, sobre un tema específico y recurriendo a fuentes originales. La estructura contiene: Título, Resumen, Palabras clave, Introducción, Metodología, Discusión teórica o contenido de la reflexión, Conclusiones, Referencias bibliográficas.

Artículo de revisión: Documento resultado de una investigación donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y tendencia de desarrollo; se caracteriza por presentar un soporte bibliográfico no menor a 50 referencias. La estructura de presentación es igual al de Artículo de investigación científica (item 1).

El autor debe especificar el tipo de artículo que está enviando. Se reciben artículos en castellano, portugués, inglés, francés e italiano. Si no es en español, el artículo debe tener obligatoriamente resumen en castellano, inglés y el idioma original.

PROCESO DE ACEPTACIÓN Y PUBLICACIÓN

Los artículos sobre informes finales o avances de investigación en torno a resultados de proyectos de investigación en ejecución o terminados, son valorados por el Comité Editorial de la revista para su posterior remisión a pares académicos, - árbitros de trayectoria especializados en el tema - quienes certifican la originalidad y calidad de los documentos, acogiendo los criterios definidos por el Instituto Colombiano para el Desarrollo de la Ciencia y la Tecnología “ Francisco José de Caldas” – COLCIENCIAS – y atendiendo los requerimientos de los sistemas de indexación de revistas científicas.

Con fundamento en esta evaluación, la cual es anónima, la revista Misión Jurídica puede sugerir al autor modificaciones formales. El autor se comprometerá a realizar los cambios en el plazo máximo de una semana.

EXTENSIÓN Y FORMATO

Los artículos enviados a la revista no pueden exceder de 60 páginas tamaño carta, ni podrán tener menos de 25 con el siguiente formato de presentación:

Página en procesador de palabra MS-Word® a doble espacio con margen de 3 cm, en la parte superior, 2 cm en la inferior y 2,5 cm en las márgenes laterales derecha e izquierda. Tipo de fuente: Garamond 12 puntos.

El nomenclador, en los títulos principales, debe ir con números arábigos y mayúscula inicial. Subtítulos en margen izquierda, con mayúscula inicial, en negrilla y nomenclador de segundo nivel con números arábigos.

Secciones dentro de subtítulos en la margen izquierda, en negrilla, con mayúscula inicial y nomenclador de tercer nivel con números arábigos. No se utilizarán nomencladores de cuarto orden, en su lugar se usarán viñetas.

El artículo debe estar escrito en tercera persona.
Normas APA (recomendadas) o con nota a pie de página.

PRESENTACION DE LOS ARTÍCULOS

1. TÍTULO Describe el contenido y tema del artículo en forma clara, exacta y concisa. Debe ser atractivo sin superar 25 palabras. Al título se le añadirá una nota al pie en forma de asterisco (*). Allí el autor definirá el tipo de artículo que está enviando. Referirá el contexto en el cual se realizó la investigación, estableciendo nombre del proyecto, institución que apoya, número de registro (si tiene). Si es producto de monografía de Maestría o Doctorado, debe constar el título académico al que optó y la Universidad a la cual lo presentó.

EJEMPLO: EL UTI POSSIDETIS UN PRINCIPIO AMERICANO Y NO EUROPEO*

* Artículo de investigación científica que presenta resultados de un proyecto de investigación terminado sobre los Tratados Internacionales del grupo de investigación Derecho Administrativo COL0070214,- Universidad Libre-Seccional Cali.

2. AUTOR: Nombre del autor y su correo electrónico, con referencia en pie de página agregará hoja de vida resumida (no más de 8 líneas en pie de página) que refiera al grado de estudio, también contendrá la afiliación institucional del articulista o de los articulistas y el nombre de la entidad en la cual se desarrolló el trabajo. Si son dos o más autores se hará referencia a autor a, b, c, según sea el caso.

De igual manera el autor se compromete a enviar en archivo aparte un Curriculum Vitae en extenso, para guardarlo en la base de datos como requisito exigido por Colciencias.

3. RESUMEN EN ESPAÑOL: Sumario de: Objetivos principales de la investigación, alcance (contexto y localización), metodología empleada y principales resultados y conclusiones. Debe estar escrito en tercera persona ser claro, coherente y sucinto, máximo 250 palabras sin incluir referencias bibliográficas.

4. PALABRAS CLAVE: Permiten clasificar y direccionar las entradas en los sistemas de indexación y de recuperación de la información. Debe presentar mínimo seis (6) palabras clave y máximo diez (10), que sean relevantes e indiquen los temas del contenido.

5. ABSTRACT: Resumen en idioma inglés.

6. KEY WORDS: Palabras claves en idioma inglés.

7. INTRODUCCIÓN: Se presenta de manera clara mediante una pregunta de investigación, contextualiza el tema mostrando antecedentes del tema planteado y la consecuencia de su solución. Presenta una justificación adecuada sobre la importancia de realizar el trabajo y trata explícitamente: objetivos, propósitos, y actividades e hipótesis de la investigación creando un contexto adecuado al lector. Termina con un recuento de la estructura que seguirá el artículo.

8. METODOLOGÍA: Especificar la metodología utilizada para el desarrollo del artículo, presentando de manera clara el procedimiento para análisis o revisión de la información.

9. RESULTADOS (No se requiere en artículos de reflexión): Presenta los datos recolectados más relevantes y los suficientemente detallados para sustentar las conclusiones. En esta sección se reportan los nuevos conocimientos, es decir, lo que se encontró. Es el resultado mismo del trabajo que debe presentar los datos sin interpretarlos.

10. DESARROLLO DEL TRABAJO: Cuerpo de la investigación, con sus partes y nomencladores. Es básicamente el fruto del trabajo realizado que el investigador somete a consideración del lector.

11. CONCLUSIONES: Reflexión realizada por el autor con base en los resultados obtenidos y con respecto a los objetivos planteados. Deben dar respuesta a la pregunta de investigación.

12. BIBLIOGRAFÍA: Deben realizarse al final del artículo, se recomiendan por lo menos 30 fuentes consultadas que se citen a lo largo del documento. Excepto para artículos de revisión, cuyo mínimo es de 50 referencias bibliográficas.

CITAS DE REFERENCIA DENTRO DEL TEXTO

El estilo Harvard-APA presenta las citas dentro del texto del trabajo, utilizando el apellido del autor, la fecha de publicación y la página citada entre paréntesis. Este sistema NO requiere utilizar las citas a pie de página, por lo tanto permite al lector localizar la fuente de información en orden alfabético, en la lista de referencias al final del trabajo.

A. EJEMPLOS DE CITA DE UNA OBRA DENTRO DEL ARTÍCULO

1. Williams (1995) sostuvo que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este ejemplo como el apellido del autor forma parte de la narrativa, se incluye solamente el año de publicación de artículo entre paréntesis.

2. Si bien es cierto que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente” (Williams (1995) también puede tomarse otra posición al respecto.

Cuando el apellido del autor y la fecha de publicación no formen parte de la narrativa del texto, se incluyen entre paréntesis ambos elementos, separados por una coma.

3. En 1995, Williams descubrió que “al comparar los desórdenes de la personalidad se debe tener en cuenta la edad del paciente”.

En este caso, tanto la fecha como el apellido forman parte de la oración, por lo tanto no llevan paréntesis.

B. CITA DE VARIOS AUTORES U OBRAS DE UN MISMO AUTOR QUE CONCURRAN EN AÑO DE PUBLICACIÓN

1. Cuando un trabajo tiene dos autores (as), siempre se cita los dos apellidos cada vez que la referencia ocurre en el texto.
2. Cuando un trabajo tiene tres, cuatro o cinco autores, se citan todos los autores la primera vez que ocurre la referencia en el texto. En las citas subsiguientes del mismo trabajo, se escribe solamente el apellido del primer autor seguido de la frase et al. y el año de publicación.

Ejemplo: La primera vez sería: (Moore, Estrich, McGillis, y Spelman 1984)

Las referencias subsecuentes se utiliza et al., como en el ejemplo a continuación: (Moore et al., 1984, p.46)

3. Cuando un autor tienen más de una publicación en el mismo año, se acompaña el año de la publicación con una letra minúscula.

Ejemplo: En dos estudios recientes (Molina, 1986a, p.80; 1986b, p.138) se indicó que...

4. Cuando se citen dos o más obras por diferentes autores en una misma referencia, se escriben los apellidos y respectivos años de publicación separados por un punto y coma dentro de un mismo paréntesis.

Ejemplo: En varias investigaciones (Ayala, 1994; Conde, 1996; López y Muñoz, 1999) llegaron a la misma conclusión...

C. CITAS LITERALES DE AUTORES U OBRAS

Cuando el texto que se usa se cita directamente (o sea se referencia palabra por palabra), se usa la cita y se incluye el apellido del autor, año de publicación y la página en donde aparece la cita, separándose por comas entre sí.

1. Cuando las citas directas son cortas (menos de 40 palabras), éstas se incorporan a la narrativa del texto entre comillas y sin cursiva.

Ejemplo: Por eso no es imposible sostener que “El Estado es un grupo humano que habita cierto territorio, y dentro del cual un orden social, político y jurídico –orientado hacia el bien común- es instaurado y mantenido por un autoridad provista de suficientes poderes de compulsión” (Olano, 2009,35).

2. Cuando las citas directas contienen 40 o más palabras, éstas se destacan en el texto en forma de bloque, sin el uso de comillas. Para tal fin se comienza este bloque en una línea nueva, sangrando las mismas.

Ejemplo: Gómez, L. (2001), elabora una tesis muy completa y pertinente al respecto:

Se erige entonces, en el ámbito jurídico contemporáneo, el Tribunal Constitucional en garante y protector de la Constitución, adquiere una posición privilegiada sobre los demás poderes, asume la función de establecer límites de contención a los poderes constituidos, determina el ámbito de competencias del Estado frente a la sociedad y sirve de garante de los derechos fundamentales, en especial de las minorías (p,90).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN NORMAS APA

La lista se titulará BIBLIOGRAFÍA o REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS, debe aparecer por orden alfabético del apellido de los autores y con el siguiente formato:

a. Cuando se refiere a un libro:

Apellido, nombre (año). Título del libro. Lugar de publicación. Editor o casa editorial.

Ejemplo: Moore, M. H., Estrich, S., McGillis, D., y Spelman, W. (1984). Delincuentes peligrosos: el blanco escurridizo de la justicia. Cambridge: Harvard University Press.

b. Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Apellido, nombre. (año). Título del artículo. Título de la Revista, Volumen (número), páginas citadas.

Ejemplo: AMBROSIONI, Carlos F. (1963). “El proceso romano”. Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII (1), 7-130.

c. Cuando se refiere a documentos legales:

Título de la Ley (número/ fecha de emisión) Decreto o artículo. Nombre del Boletín oficial, Institución Competente, página.

Abreviaturas: art., (artículo); num., (numeral); párr. (parágrafo); inc., (inciso); lit. (literal).

d. Para antología o compilación de artículos:

Apellido, nombre. (año) Título del artículo. En: nombre editor o compilador (Eds./Comps), Título del Libro, (pp. páginas citadas) Ciudad: editorial.

Ejm: SANRI, JAIME. (2011). Sistema de partidos y decisiones trascendentales. En: Casa Ospina (eds.) Verdad Sin Justicia (pp.46 – 57) Bogotá. Oveja Negra

e. Ponencias:

Apellido, nombre. (año, día, mes). Título de la ponencia. Institución que realizó el evento, ciudad.

Motta, Ricardo. (2013, 17 de noviembre). El mandato del agua como recurso fundamental. Ponencia presentada en el Seminario Internacional de Filosofía del Derecho, UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA, Bogotá.

f. Artículos de periódicos:

Apellido, nombre. (año, mes, día) Título del artículo. Título del periódico. pp. páginas citadas.

SAMPER, DANIEL. (2012, Octubre 15). Mate tranquilo. El Tiempo, pp. 1A

g Información de internet:

Autor/ Responsable. (fecha de publicación) Título [en línea]. Disponible en: especificar la dirección web. (fecha de consulta)

ROJAS, G. M. (2009). Crímenes de Guerra: justicia vs. Procesos de paz [en línea]. Disponible en <http://www.terra.com.co/actualidad/articulo/html/acu17701-crimenes-de-guerra-justicia-vs-procesos-de-paz.htm>. [Consultado marzo 1, 2012].

SISTEMA DE CITA A PIE DE PÁGINA

Se podrán también usar notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

- a) Cuando se refiera a un libro: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. Una acción humanitaria. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1992.p. 236
- b) Si se cita un conjunto de páginas de un libro: PENAGOS, Gustavo. La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos. La desviación de poder. 2ª Ed. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1987, pp. 131-140.
- c) Cuando se refiera a un artículo citado dentro de un libro: LÓPEZ MICHELSEN, Alfonso. La cuestión del Canal desde la secesión de Panamá. EN: Álvaro Tirado Mejía et al. (editores). Nueva Historia de Colombia, tomo 1, Historia Política 1886-1946. Bogotá, Editorial Planeta, 1989, pp. 145-186.
- d) Cuando se cite un artículo publicado en una revista científica: GUZMÁN V., Manuel. “Elaboración y tráfico de cocaína en Chile, 1966 – 1970”. EN: Revista chilena de derecho, Vol. 3, Nos.4-6, julio-diciembre 1976, Santiago de Chile, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile, pp. 251-272.
- e) Cuando se refiera a un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: DE LA CALLE, Humberto. “El ADN de la ley”. EN: El Espectador, Bogotá, domingo 18 de enero de 2009, p. 36.
- f) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: “Gobierno propone resucitar Minjusticia. Habla de reforma estructural”. EN: El Tiempo. Bogotá, 7 de diciembre de 2009, pp. 1-3. Pautas de publicación 334
- g) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado: *Ibíd.*, p. 23.
- h) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente: ARENAS SALAZAR, Jorge. La Tutela. *op. cit.*, p. 50

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS AL FINAL DEL DOCUMENTO EN CITA A PIE DE PÁGINA

- a) Cuando se refiere a un libro: VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, 573 p.
- b) Si se refiere a un artículo publicado en revista: AMBROSIONI, Carlos F. “El proceso romano”. EN: Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata. Tomo XXII-1963, pp. 7-130. 335

- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos: LÓPEZ MEDINA, Diego. "La cultura de la legalidad (II)". EN: *Ámbito Jurídico*. Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 12
- d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos: "Haremos lo que esté a nuestro alcance para que se edifiquen las mejores relaciones entre la Rama Judicial y el Gobierno". Entrevista al vicepresidente del Consejo de Estado, Dr. Mauricio Fajardo. EN: *Ámbito Jurídico*, Bogotá, año XIII, No. 303, 9 al 22 de agosto de 2010, p. 18.
- e) Documentos electrónicos: AGUILERA PEÑA, Mario. "Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953". EN: *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, página web de la Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, html (20.04.2009).

PRESENTACION DE LA BIBLIOGRAFÍA AL FINAL DEL DOCUMENTO:

Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en Garamond, luego seguida de un punto, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera, un libro; la segunda, una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en *itálica*; luego el de los autores, en *versalita*; seguido el título de la obra en *itálica*; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores). Se recomienda poner el número total de páginas de los libros con el fin de hacerse una idea de su "peso", ejemplo: XXIII-870 p.

ILUSTRACIONES

Las tablas y figuras - por ejemplo gráficos, dibujos, esquemas, diagramas de flujo, fotos y mapas - deben presentarse en hojas independientes y con numeración consecutiva (Tabla 1; Figura 1, etc.). Los textos y tablas deben presentarse en el procesador de palabra MS-Word®; las tablas y los diagramas de frecuencia (barras y torta) originales deben suministrarse en el archivo del manuscrito y también en su original de MS-Excel®; otras figuras, como fotografías sobre papel y dibujos, se pueden enviar en originales o escanearlas y remitirlas en el formato digital de compresión JPG (o JPEG) preferiblemente con una resolución de 600 x 600 dpi (mínimo 300 dpi); se prefiere que las fotografías sean enviadas como diapositivas. Como norma general, las tablas y figuras sólo se aceptan en blanco y negro.

ENVÍO DE ARCHIVOS

Se aclara a los autores que la recepción del artículo no implica su publicación o compromiso en cuanto a la fecha de edición.

Los artículos y curriculum se recibirán en los correos electrónicos: misionjuridica@unicolmayor.edu.co y orsobar@hotmail.com.

CONVOCATORIA PERMANENTE

La convocatoria de la Revista Misión Jurídica es permanente y la publicación de los artículos dependerá de su orden de llegada. Nuestra temática es abierta con respecto a temas de investigaciones que involucren al derecho y las ciencias sociales.

CARMEN ELIANA CARO NOCUA
DIRECTORA

ORLANDO SOLANO BÁRCENAS
EDITOR

FEDERICO SÁNCHEZ RIAÑO
ASISTENTE EDITORIAL

INFORMACIÓN PARA LA SUSCRIPCIÓN

Apreciados(as) señores(as):

Deseo suscribirme a la Revista por dos números, a partir del _____

Nombre: _____

Dirección: _____

Ciudad: _____ Depto. _____

País: _____ Código Postal _____

Teléfono: _____ E:mail _____

Profesión: _____ Entidad: _____

Suscripción nacional: \$30.000. Internacional: US\$ 20.

No incluye gastos de envío

SISTEMA DE PAGO

Los(as) interesados(as) en suscribirse a la Revista deberán diligenciar el presente formulario, consignar el valor en la cuenta corriente No. 031-06001-5 del Banco Popular, a nombre de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Enviar copia del formulario de suscripción y recibo de consignación vía fax al 57 1+243 76 79.

Firma:

Documento de identidad

Nos emociona
cuando lo que
llevamos
emociona

www.4-72.com.co

472
¡Es tu correo!

